



19 DICEMBRE 2018

Recesso soci di banche popolari: tra  
legittimità costituzionale e scelte di  
politica economica (commento a C.  
cost. 15 maggio 2018 n. 99)

di Antonio Cremone

Docente a contratto di a contratto di “Governo e amministrazione delle autonomie”  
Università degli Studi di Salerno

# Recesso soci di banche popolari: tra legittimità costituzionale e scelte di politica economica (commento a C. cost. 15 maggio 2018 n. 99)\*

**di Antonio Cremone**

Docente a contratto di a contratto di “Governare e amministrazione delle autonomie”  
Università degli Studi di Salerno

**Sommario:** 1. Il diritto di recesso dei soci di banche popolari trasformate in S.p.a.: dubbi di legittimità costituzionale. 2. Recepimento interno di un regolamento comunitario e sindacato di costituzionalità. 3. Configurabilità di una fattispecie espropriativa. 4. Riconducibilità all’ambito di operatività dell’art. 23 Cost. 5. Tra legittimità costituzionale e scelte di politica economica: neoliberalismo o neodirigismo?

## **1. Il diritto di recesso dei soci di banche popolari trasformate in S.p.a.: dubbi di legittimità costituzionale**

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in ordine all’applicazione dell’art. 1 del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015 n. 33, con ordinanza del 15 dicembre 2016 ha sollevato questioni di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77 comma 2, 95, 97 e 117 comma 1 della Costituzione (quest’ultimo in relazione all’art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, CEDU, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848)<sup>1</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Cfr. ordinanza del 15 dicembre 2016, sul ricorso proposto da Vitale Marco e altri contro Banca d’Italia e altri, pubblicata in G.U. n. 11, prima serie speciale, del 15 marzo 2017. Il giudice *a quo*, nel dettaglio, ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 del decreto-legge citato, ovvero direttamente della legge di conversione, per i seguenti profili: a) per contrasto con l’art. 77, comma 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 articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all’art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, 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, comma 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 articoli 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.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 99 del 15 maggio 2018<sup>2</sup>, ha ritenuto non fondate le questioni sollevate, con una corposa pronuncia, dall'articolato contenuto, che tuttavia non appare pienamente condivisibile.

Attraverso le norme sottoposte alla Consulta, il Governo (con il successivo avallo del Parlamento) ha inteso adottare misure urgenti per il sistema bancario e degli investimenti, disciplinando - tra l'altro - la riforma delle banche popolari<sup>3</sup>, in conformità agli indirizzi europei<sup>4</sup>, con le finalità di rendere il “*sistema bancario competitivo*”, “*elevare il livello di tutela dei consumatori*” e “*favorire lo sviluppo dell'economie del Paese*”, promuovendo una “*maggiore patrimonializzazione delle imprese italiane*”.

L'art. 1, in particolare, ha apportato alcune rilevanti modifiche al d.lgs. 1° settembre 1993 n. 385 (“Testo Unico Bancario” o “TUB”), e precisamente agli artt. 28 (in tema di banche cooperative), 29 e 31 (aventi ad oggetto le banche popolari), nonché 150-*bis* (disposizioni transitorie e finali in tema di banche cooperative).

---

<sup>2</sup> Sulla quale si è concentrata l'attenzione di diversi commentatori, tra i quali si segnalano: E. DE CHIARA, *Rinvio e limitazione del rimborso in caso di recesso e poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Società*, 2018, 7, p. 830; G. SCIASCIA, *La Corte costituzionale sulla riforma delle “popolari”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 5, p. 597; L. CAROTENUTO, *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma t.u.b.*, in *Riv. dir. soc.*, 2018, 1, p. 55; D. D'ALVIA, *La riforma delle banche popolari: autofagia o rigenerazione del mercato?*, in *Giustiziacivile.com*, 26 novembre 2018.

<sup>3</sup> In relazione alla quale si segnalano la trattazione organica di F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle banche popolari*, Milano, 2015, nonché i seguenti contributi: D. DE LUNGO, *Il nuovo assetto delle banche popolari: appunti sui presupposti costituzionali del decreto-legge, sui poteri normativi della Banca d'Italia e sull'idoneità delle fonti europee ad assolvere riserve di legge nazionali*, in *federalismi.it*, 2016, 20, p. 16; F. SALERNO, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il d.l. 24 gennaio 2015 n. 3*, in *Banca borsa*, 2016, 6, p. 704; G. ROMANO, *Stabilità del sistema, prevenzione delle crisi bancarie e riforma delle banche popolari. Osservazioni a margine del d.l. n. 3/2015*, in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, p. 664; V. SANTORO - G. ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2016, 2, p. 210; C. FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 2016, 2, p. 234; C. G. CORVESE, *Commento al d.l. n. 3/2015. Parte prima: La riforma delle banche popolari*, in *Dir. banca mercato fin.*, 2016, 1, p. 7; R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in *Banca borsa*, 2015, 5, p. 575; E. RICCIARDIELLO, *Banche popolari quotate: verso il definitivo superamento del “tipo” a favore del modello azionario*, in *Giur. comm.*, 2015, 5, p. 1080; S. MICOSSI, *Assonime, Circolare n. 32 del 24 novembre 2015. La riforma delle banche popolari*, in *Rivista del Notariato*, 2015, 5, p. 1120.

<sup>4</sup> In senso critico rispetto a tale ricostruzione, cfr. S. MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 1, p. 1.

La disposizione oggetto di sindacato è l'art. 28 TUB<sup>5</sup>, parzialmente applicabile (nella parte in cui tratta del diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso) anche alla banche popolari, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 31 TUB<sup>6</sup>.

Ai sensi del novellato art. 28 comma 2-ter TUB, in particolare è previsto che *“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. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi”*.

L'art. 29 TUB, a sua volta, prevede che l'attivo delle banche popolari non possa superare 8 miliardi di euro (comma 2-bis) e che le medesime, in ipotesi di superamento, siano tenute ad assumere entro un anno alcune iniziative, tra le quali la trasformazione in società per azioni (comma 2-ter), ai sensi dell'art. 31 TUB.

Tale ultima disposizione, infine, afferma (al comma 2) che *“in caso di recesso resta fermo quanto previsto dall'art. 28, comma 2-ter”*.

Sul quadro normativo di riferimento ha inciso anche la normativa comunitaria<sup>7</sup>.

Come anticipato, il Consiglio di Stato ha sollevato varie questioni di legittimità costituzionale<sup>8</sup>, in relazione alla fattispecie di trasformazione di una banca popolare in una società per azioni, cui è conseguita una limitazione al diritto di rimborso delle azioni, in danno dei soci recedenti.

---

<sup>5</sup> Ai sensi del quale *“1. L'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative è riservato alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo disciplinate dalle sezioni I e II del presente capo. 2. Alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo non si applicano i controlli sulle società cooperative attribuiti all'autorità governativa dal codice civile. 2-bis. Ai fini delle disposizioni fiscali di carattere agevolativo, sono considerate cooperative a mutualità prevalente le banche di credito cooperativo che rispettano i requisiti di mutualità previsti dall' articolo 2514 del codice civile ed i requisiti di operatività prevalente con soci previsti ai sensi dell' articolo 35 del presente decreto. 2-ter. 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. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi”*.

<sup>6</sup> Secondo cui *“1. 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'articolo 29, comma 2-ter, sono deliberate: a) in prima convocazione, con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, purché all'assemblea sia rappresentato almeno un decimo dei soci della banca; b) in seconda convocazione, con la maggioranza di due terzi dei voti espressi, qualunque sia il numero dei soci intervenuti all'assemblea. 2. In caso di recesso resta fermo quanto previsto dall'articolo 28, comma 2-ter. 3. Si applicano gli articoli 56 e 57”*.

<sup>7</sup> In particolare l'art. 10, paragrafo 2, del 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 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti, stabilendo che *«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 [...]»*.

<sup>8</sup> Sulle quali si è soffermata autorevole dottrina: cfr. S. AMOROSINO, *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. banca e*

Tralasciando nelle presenti note le censure in merito all'esistenza o meno dei presupposti della decretazione d'urgenza (peraltro già recentemente affrontate dalla Consulta, proprio in relazione al d.l. 24 gennaio 2015 n. 3, con pronuncia favorevole all'iniziativa governativa<sup>9</sup>), nonché le osservazioni del giudice remittente sull'ipotizzata attribuzione alla Banca d'Italia del potere di disciplinare le modalità di esclusione del rimborso, «anche in deroga a norme di legge», con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere normativo<sup>10</sup> di delegificazione in bianco (tema sbrigativamente liquidato dalla Consulta<sup>11</sup>), le note che seguono si soffermeranno sulla compatibilità dell'iniziativa legislativa con gli artt.

*mercato fin.*, 2017, 2, p. 414; S. BARTOLUCCI, *Sospensione dell'assemblea in attesa del giudizio della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 2017, 7, p. 1630; M. LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale*, in *Società*, 2017, 2, p. 156; 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.*, 2017, 2, p. 190; F. SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, p. 106; M. MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)*, in *Riv. società*, 2017, 1, p. 230; ID., *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Riv. Soc.*, 2016, 6, p. 991.

<sup>9</sup> Cfr. C. cost. 21 dicembre 2016 n. 287, in *Giur. cost.*, 2016, 6, 2437, secondo cui «Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, censurato per violazione degli artt. 77, commi 2 e 3 e 117 Cost. là dove prevede il limite di otto miliardi di euro all'attivo delle banche popolari e l'obbligo delle stesse, in caso di superamento di questo limite, di ridurre l'attivo o di deliberare la trasformazione in società per azioni. 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, comma 2, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione. Nella specie, le esigenze di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari, collegate 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. La normativa impugnata, del resto, è compatibile con i presupposti del decreto-legge, in quanto non presenta una portata così ampia da caratterizzarsi come vera e propria riforma del sistema bancario, ma, per quanto essa incida significativamente su un particolare tipo di azienda di credito, resta pur sempre un intervento settoriale e specifico. Infine, insussistente è anche la supposta non omogeneità della stessa normativa oggetto di impugnazione, poiché tutte le misure ivi contemplate possono essere ricondotte al comune obiettivo di sostegno dei finanziamenti alle imprese, ostacolati dalla straordinarietà della crisi economica e finanziaria in atto (sentt. nn. 171 del 2007; 128 del 2008; 83, 355 del 2010; 93 del 2011; 22 del 2012; 10 del 2015; 133 del 2016)»; in senso critico, anche con riferimento ai poteri regolamentari conferiti alla Banca d'Italia, si segnala D. DE LUNGO, *Il nuovo assetto*, op. cit., p. 16 ss.

<sup>10</sup> Sui poteri normativi di Banca d'Italia si segnala altresì M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Banca impresa*, 2003, 1, p. 39.

<sup>11</sup> Secondo cui «il presupposto interpretativo da cui muove il rimettente è erroneo: contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di remissione, infatti, la fattispecie normativa censurata non delinea un procedimento di delegificazione. Nel caso di specie «[l']elemento comune alle diverse forme di delegificazione possibili nel nostro ordinamento [...], costituito dal trasferimento della funzione normativa [...] dalla sede legislativa ad altra sede» (sentenza n. 130 del 2016), non ricorre. La legge impugnata non attribuisce alla Banca d'Italia la facoltà di adottare una disciplina «sostitutiva» di quella già dettata dalla legge, e neppure riconduce all'entrata in vigore della fonte secondaria la contemporanea cessazione di efficacia di disposizioni legislative delegificate. È infatti l'organo cui spetta ordinariamente l'esercizio della funzione legislativa che ha introdotto direttamente e del tutto indipendentemente dall'entrata in vigore del provvedimento della Banca d'Italia la regola che consente una limitazione del diritto al rimborso delle azioni, in deroga alla disciplina ordinaria che pure rimane in vigore. In questo quadro è la legge stessa che comporta l'introduzione di previsioni statutarie che, anche in deroga alle norme del codice civile, accordino agli organi amministrativi la facoltà di limitare il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale computabili nel capitale primario di classe 1; mentre alla Banca d'Italia è affidato soltanto il compito di definire le condizioni tecniche che consentono alla banca di rispettare i coefficienti patrimoniali minimi stabiliti dalla normativa prudenziale europea. Ciò chiarito, il dubbio di costituzionalità prospettato sulla base della considerazione che l'Autorità indipendente non avrebbe sufficiente «legittimazione istituzionale» per essere investita di un potere «ad effetto delegificante», e che in ogni caso

41, 42 e 117 comma 1 Cost. e, in chiave più generale, con il tradizionale impianto della Costituzione economica.

Il Giudice *a quo* ha ipotizzato una violazione degli artt. 41, 42 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>12</sup>, da parte dell'art. 1 del d.l n. 3 del 2015, nella parte in cui prevede che il diritto al rimborso delle azioni al socio recedente, a fronte della trasformazione della banca popolare in società per azioni, possa essere limitato (fino alla completa esclusione) e non soltanto differito entro limiti temporali predeterminati, con previsione di un interesse corrispettivo.

La previsione normativa, secondo il giudice rimettente, finirebbe per tradursi in una sorta di esproprio senza indennizzo (o con indennizzo ingiustificatamente ridotto) della quota societaria, operato dal legislatore mediante un non corretto bilanciamento degli interessi costituzionali in gioco<sup>13</sup>.

La soluzione adottata dal legislatore, ad avviso del Consiglio di Stato, non sarebbe legittimata dal diritto dell'Unione Europea in tema di requisiti prudenziali degli enti creditizi, poiché il legislatore comunitario consentirebbe di optare tra il rinvio e la limitazione dell'importo rimborsabile, con la conseguenza che - dinanzi a più opzioni comunitariamente consentite - il legislatore nazionale avrebbe dovuto scegliere quella in grado di assicurare nel modo migliore il rispetto dei principi costituzionali (in particolare quelli riferibili alla tutela della proprietà), disponendo il differimento del rimborso entro una certa data, e la corresponsione di un interesse corrispettivo per il ritardo.

---

*l'attribuzione di tale speciale competenza regolamentare avrebbe richiesto il duplice requisito della legge di autorizzazione, di contenere le norme regolatrici della materia e di predisporre l'abrogazione delle norme previgenti cade insieme con le sue premesse. Ad analoga conclusione di infondatezza si giunge anche ove si ritenga che il giudice a quo abbia inteso censurare al di là della pretesa «surrettizia» forma di delegificazione introdotta con la norma censurata anche un vizio più radicale, attinente cioè alla violazione del principio di legalità sostanziale. Secondo questa lettura dell'ordinanza di remissione, il legislatore avrebbe omesso di regolare compiutamente materie che dal punto di vista costituzionale lo avrebbero richiesto, in ragione delle riserve di legge fissate in Costituzione per le discipline che incidono sul diritto di proprietà (art. 42) e che impongono prestazioni patrimoniali (art. 23 Cost.), e avrebbe altresì trascurato di delimitare e indirizzare il potere regolamentare. Contrariamente a quanto ritenuto dal rimettente, nella definizione della disciplina del rimborso delle azioni dei soci recedenti, alla Banca d'Italia non spetta alcuna valutazione politico-discrezionale sugli interessi in gioco, il cui bilanciamento – in particolare quello fra l'interesse dei soci che intendono recedere e quello della stabilità del sistema bancario è già definitivamente operato dalla legge. Inoltre, il suo stesso potere di definire le modalità tecniche di limitazione del rimborso è fortemente circoscritto dai citati regolamenti europei (segnatamente dalle norme tecniche del più volte citato regolamento delegato dell'UE n. 241/2014), che, come visto, dettano condizioni stringenti per la computabilità degli strumenti di capitale delle banche nel capitale primario di classe 1. In definitiva, il principio della necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa è rispettato e, di conseguenza, la questione di legittimità costituzionale in esame risulta infondata anche sotto questo profilo.”*

<sup>12</sup> Firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955 n. 848.

<sup>13</sup> Il socio, infatti, quale diretta conseguenza della trasformazione societaria, vedrebbe dapprima ridursi i propri diritti “amministrativi” (tra i quali: il voto capitaro di cui all'art. 30 comma 1 TUB, in virtù del quale “Ogni socio ha un voto, qualunque sia il numero delle azioni possedute”, nonché il limite massimo all'entità di ciascuna partecipazione, fissato dall'art. 30 comma 2 TUB nell'1 per cento del capitale sociale), incorrendo - nell'ipotesi in cui decidesse legittimamente di esercitare il proprio diritto di recesso - nella menomazione dei propri diritti “patrimoniali”, in ossequio al disposto dell'art. 28 comma 2-ter del TUB.



Le osservazioni che precedono, tuttavia, non sono state ritenute valide dalla Corte costituzionale, per le ragioni che seguono:

- la normativa comunitaria, che detta i requisiti prudenziali delle banche (regolamento UE n. 575/2013<sup>14</sup> e regolamento delegato UE n. 241/2014<sup>15</sup>), pone al centro della propria azione i c.d. fondi propri (strumenti di assorbimento delle perdite potenziali), tra i quali rientra il capitale sociale, la cui eventuale insufficienza impone la ricapitalizzazione;
- detto capitale può rientrare nel c.d. capitale primario di classe 1<sup>16</sup> (formato da componenti di primaria qualità<sup>17</sup>), a patto che vengano rispettate le condizioni di cui agli artt. 28 e 29 del regolamento (UE) n. 575/2013<sup>18</sup>;
- l'art. 29, applicabile alle società mutue e cooperative (tra le quali le banche popolari), prevede espressamente che gli strumenti di capitale possano essere computati nel capitale primario di classe 1 ove siano soddisfatte le seguenti condizioni: (a) che l'ente possa rifiutare il rimborso degli strumenti; (b) che, nell'ipotesi in cui la normativa nazionale vieti di rifiutare il rimborso, sia possibile quantomeno limitarlo;
- gli artt. 77 e 78 del menzionato regolamento consentono il riacquisto o il rimborso del capitale primario di classe 1 previa autorizzazione dell'autorità di vigilanza che, verificata l'esistenza di sufficienti garanzie patrimoniali, potrà acconsentire all'integrale rimborso o limitarne l'entità;
- la normativa italiana vieta alle banche cooperative di rifiutare il rimborso delle azioni in caso di recesso del socio<sup>19</sup>, con la conseguenza che, affinché il capitale sociale possa rientrare nel capitale primario di classe 1, occorrerà soddisfare la condizione di cui all'art. 29 comma 2 lett. b), ossia autorizzare l'ente a limitare il rimborso, in conformità agli artt. 10 e 11 del regolamento delegato (UE) 241/2014, sia mediante

---

<sup>14</sup> Che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

<sup>15</sup> Che integra il regolamento (UE) n. 575/2013 per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti.

<sup>16</sup> Di cui Banca d'Italia fornisce la seguente definizione “È il capitale di qualità primaria, come definito dall'art. 4 del regolamento UE/2013/575 (Capital Requirements Regulation, CRR). È costituito dagli elementi e strumenti di capitale computabili, al netto delle rettifiche e detrazioni previste. Per maggiori informazioni, cfr. il CRR, Parte Due, Titolo I.” (cfr. <https://www.bancaditalia.it/footer/glossario/index.html?letter=c>).

<sup>17</sup> Essenzialmente azioni ordinarie, relativi sovrapprezzi di emissione e riserve di utili.

<sup>18</sup> In tal senso si esprime l'art. 26 comma 1 lett. a) del regolamento (UE) n. 575/2013.

<sup>19</sup> Si veda, in tal senso, l'art. 2519 c.c., che a sua volta richiama la disciplina delle S.p.a. e, quindi, l'art. 2437 c.c. (ai sensi del quale “hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti [...] b) la trasformazione della società”) e l'art. 2437-ter c.c. (ai sensi del quale “il socio ha diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso”).

il rinvio del rimborso per un periodo potenzialmente illimitato sia (anche in via cumulativa<sup>20</sup>) attraverso la limitazione dell'importo rimborsabile<sup>21</sup>;

- ne deriva che al legislatore nazionale non viene lasciato alcun margine discrezionale per soluzioni alternative al rinvio e/o alla limitazione dell'importo del rimborso (quali quelle prospettate dal giudice rimettente, consistenti nella predeterminazione di un limite temporale al rinvio, con riconoscimento di interessi compensativi del ritardo), pena l'esclusione delle azioni dal capitale primario di classe 1;
- nessuna deroga, inoltre, potrebbe essere accordata al particolare caso della trasformazione di banca popolare in società per azioni, nonostante le significative modifiche dei diritti sociali possano indurre un maggior numero di soci a recedere;
- l'iniziativa legislativa, per le ragioni anzidette, non può essere equiparata ad una espropriazione senza indennizzo, tenuto peraltro conto che la disposizione oggetto di sindacato costituzionale<sup>22</sup> e la Banca d'Italia<sup>23</sup> riconoscono all'istituto di credito la facoltà di limitare il rimborso delle azioni solo allorquando

<sup>20</sup> In tal senso depongono sia la versione inglese del testo normativo comunitario (secondo cui: «*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 to limit the amount to be redeemed for an unlimited period of time pursuant to paragraph 3*»), sia il Considerando n. 10 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014, ai sensi del quale «[...] laddove il rifiuto al rimborso degli strumenti sia proibito ai sensi della normativa nazionale applicabile per queste tipologie di enti, è essenziale che le disposizioni che regolano gli strumenti conferiscano all'ente la capacità di rinviare il loro rimborso e limitare l'importo da rimborsare».

<sup>21</sup> Cfr. art. 11 par. 2 regolamento delegato (UE) n. 241/2014 (ai sensi del quale «*Se gli strumenti sono regolati dalla normativa nazionale in assenza di disposizioni contrattuali, perché gli strumenti abbiano i requisiti per essere considerati capitale primario di classe 1 la legislazione deve consentire all'ente di limitare il rimborso come previsto dall'articolo 10, paragrafi da 1 a 3.*»), che a sua volta rinvia all'art. 10 (secondo cui «[...] 2. 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. 3. L'entità dei limiti al rimborso previsti dalle disposizioni che regolano gli strumenti è determinata dall'ente sulla base della sua situazione prudenziale in qualsiasi momento, considerando in particolare, ma non esclusivamente, i seguenti elementi: a) la situazione complessiva dell'ente in termini finanziari, di liquidità e di solvibilità; b) l'importo del capitale primario di classe 1, del capitale di classe 1 e del capitale totale rispetto all'importo complessivo dell'esposizione al rischio calcolato conformemente ai requisiti fissati all'articolo 92, paragrafo 1, lettera a), del regolamento (UE) n. 575/2013, agli specifici requisiti di fondi propri di cui all'articolo 104, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2013/36/UE, e al requisito combinato di riserva di capitale ai sensi dell'articolo 128, punto 6, della stessa direttiva.»).

<sup>22</sup> L'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015 n. 33, che in particolare ha introdotto il comma 2-ter dell'art. 28 TUB.

<sup>23</sup> Cfr. Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III, punto 1, della circ. Banca d'Italia n. 285 del 2013, come modificata dal «9° aggiornamento del 9 giugno 2015», secondo cui «*L'organo con funzione di supervisione strategica 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, ai fini della decisione l'organo valuta: – la complessiva situazione finanziaria, di liquidità e di solvibilità della banca o del gruppo bancario; – l'importo del capitale primario di classe 1, del capitale di classe 1 e del capitale totale in rapporto ai requisiti previsti dall'art. 92, paragrafo 1, lettera a), del CRR, ai requisiti specifici di fondi propri di cui alla Parte Prima, Titolo III, Capitolo 1, Sezione 3, Paragrafo 5, al requisito combinato di riserva di capitale ai sensi della Parte Prima, Titolo II, Capitolo 1.*».



sia richiesto ai fini del rispetto dei requisiti prudenziali imposti dal legislatore comunitario<sup>24</sup>, e per il tempo strettamente necessario<sup>25</sup>, con la conseguenza che, in ipotesi di rinvio del rimborso, il credito tornerebbe esigibile al venir meno dei presupposti prudenziali, mentre dinanzi alla limitazione quantitativa vi sarebbe comunque la conservazione dei titoli non rimborsati in capo al socio recedente, reintegrato nel suo *status* e nel valore patrimoniale della partecipazione;

- il socio recedente, quindi, da un lato non subirebbe alcuna perdita definitiva del valore della partecipazione, dall'altro sarebbe adeguatamente tutelato attraverso il diritto di sindacare in sede giudiziale l'eventuale assenza dei requisiti prudenziali posti alla base delle determinazioni ( motivate ) dell'ente;
- l'alternativa concretamente praticabile, inoltre, potrebbe essere ben peggiore, tenuto conto che il mancato rispetto dei requisiti prudenziali potrebbe condurre alla risoluzione o alla liquidazione della banca (in conformità alla direttiva 2014/59/UE<sup>26</sup>), il cui risanamento – contemplando in via preliminare l'utilizzo di risorse interne (tra le quali il capitale sociale) – determinerebbe evidenti pregiudizi in capo agli stessi soci (anche a quelli recedenti);
- sarebbe pertanto destituita di fondamento anche l'ipotizzata violazione dell'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU<sup>27</sup>, poiché l'ingerenza dell'autorità pubblica nel pacifico godimento del bene è compatibile con la tutela convenzionale della proprietà, essendo legittima<sup>28</sup>, necessaria per tutelare un interesse generale<sup>29</sup> e proporzionata alle finalità perseguite<sup>30</sup>, in conformità alla giurisprudenza della Corte

---

<sup>24</sup> Cfr. art. 10 par. 3 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014, riportato per esteso *supra* in nota 17.

<sup>25</sup> Da determinare sulla base di periodiche verifiche patrimoniali, affidate agli amministratori, volte ad accertare la permanenza dei requisiti prudenziali.

<sup>26</sup> Adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 15 maggio 2014, attraverso la quale viene istituito un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, apportando modifiche alla direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e alle direttive 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE e 2013/36/UE, nonché ai regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio.

<sup>27</sup> Ai sensi del quale “*Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.*”.

<sup>28</sup> Poiché conforme alle norme prudenziali comunitarie, che non contemplano alcuna discrezionalità del legislatore nazionale.

<sup>29</sup> In particolare l'interesse alla stabilità del sistema bancario e finanziario; circostanza ancor più evidente per l'ipotesi sottoposta alla Corte, poiché il rischio di recesso da parte dei soci - dinanzi alla trasformazione delle banche popolari in società per azioni - è tanto alto da poter mettere in crisi (mediante i conseguenti rimborsi) l'intero sistema bancario.

<sup>30</sup> Poiché opererebbe un ragionevole bilanciamento tra l'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona, senza introdurre oneri individuali eccessivi (*ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 gennaio 2015, Vécony contro Ungheria; sentenza 30 giugno 2005, Jahn e altri contro Germania; sentenza 5 gennaio 2000, Beyeler contro Italia; sentenza 23 ottobre 1997, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society contro Regno Unito; sentenza 21 febbraio 1986, James e altri contro Regno Unito; sentenza 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth contro Svezia).

europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup>, che in passato ha ritenuto pienamente legittima anche la nazionalizzazione di una banca in crisi, senza indennizzo per gli azionisti<sup>32</sup>;

- in ogni caso, misure comportanti sacrifici per i diritti degli azionisti e dei creditori subordinati di società bancarie non determinano una ingerenza sproporzionata e intollerabile nel diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 17 CDFUE, quando esse perseguono l'obiettivo della stabilità finanziaria e non possono arrecare ai soggetti sacrificati un pregiudizio maggiore di quello che essi subirebbero in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata adozione delle misure stesse<sup>33</sup>.

## 2. Recepimento interno di un regolamento comunitario e sindacato di costituzionalità

Da un preliminare esame della vicenda sorgono dubbi in merito al legittimo esercizio del sindacato di costituzionalità.

Occorre infatti considerare che la stessa Corte, in più passaggi, ribadisce che il legislatore nazionale si è limitato a recepire le indicazioni contenute nei regolamenti comunitari, a fronte delle quali non vi sarebbe stato alcun margine di discrezionalità per soluzioni alternative.

Se tutto ciò fosse vero, tuttavia, il sindacato della Consulta avrebbe ad oggetto, seppur indirettamente, una valutazione di legittimità costituzionale dei regolamenti comunitari, non ammessa - in via di principio<sup>34</sup> - nel nostro ordinamento<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. sentenza 17 novembre 2015, Preite contro Italia; sentenza 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sentenza 23 settembre 1982, Sporrang e Lönnroth contro Svezia.

<sup>32</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, decisione 10 luglio 2012, Grainger e altri contro Regno Unito.

<sup>33</sup> In tal senso, sia pure con riferimento a situazioni diverse da quella in esame, Corte di giustizia UE, sentenza 8 novembre 2016, Grande sezione, in causa C-41/15, Gerard Dowling e altri, in tema di ricapitalizzazione di una banca in crisi mediante la sottoscrizione di nuove azioni da parte dello Stato, con sacrificio del diritto di opzione dei soci; nonché sentenza 20 settembre 2016, Grande sezione, in cause riunite da C-8/15 P a C-10/15 P, Ledra Advertising Ltd e altri, in tema di azzeramento e conversione delle passività ai fini della ristrutturazione e risoluzione delle banche cipriote.

<sup>34</sup> Resta ferma, infatti, la possibilità di rilevare l'eventuale violazione dei principi supremi e fondamentali dell'ordinamento nazionale, nonché dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati, mediante dichiarazione di incostituzionalità della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato istitutivo della Comunità economica europea e successivamente dell'Unione europea (cfr. C. cost. 21.4.1989 n. 232, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 138, secondo cui “La Corte costituzionale è competente a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della l. 14 ottobre 1957 n. 1203, di esecuzione del trattato CEE, se una qualsiasi norma del trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni comunitarie, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana, tra i quali va senz'altro annoverato il diritto alla tutela giurisdizionale enunciato nell'art. 24 cost.”; analogamente C. cost. ord. 26 gennaio 2017 n. 24, in *Riv. dir. int.*, 2017, 2, 653, ove si afferma che “L'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Ue possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati europei, per la sola parte in cui essa consente che quella ipotesi normativa si realizzi?”).

<sup>35</sup> Tema affrontato già dagli anni settanta da M. BERRI, *Ulteriori rilievi sull' illegittimità costituzionale delle leggi interne che recepiscono regolamenti normativi comunitari*, in *Giur. it.*, 1975, 10, p. 113; A. PALMIERI, *Incostituzionalità delle norme interne riprodottrici di regolamenti comunitari*, in *Giur. agr. it.*, 1976, 5, p. 277; B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali*

Basti considerare, a tal riguardo, che la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni (art. 134 Cost.).

Occorrerà, pertanto, approfondire preliminarmente la tecnica normativa adottata dal legislatore, per comprendere se le disposizioni nazionali possano o meno considerarsi meramente riproduttive di quelle comunitarie, come parrebbe affermare il Collegio giudicante.

L'art. 29 par. 2 del regolamento (UE) n. 575/2013 prevede che, affinché gli strumenti di capitale possano rientrare nel capitale primario di classe 1, debbano essere soddisfatte, tra l'altro, le seguenti condizioni in tema di rimborso: ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale applicabile, l'ente deve poter rifiutare il rimborso degli strumenti (art. 29 par. 2 lett. a); se la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti, le disposizioni che governano gli strumenti devono consentire all'ente di limitare il rimborso (art. 29 par. 2 lett. b).

Gli artt. 10 par. 2 e 11 par. 2 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014 (che integra il regolamento (UE) n. 575/2013, disciplinando i requisiti sui fondi propri degli enti), precisano altresì che la capacità dell'ente di limitare il rimborso riguarda sia il rinvio che la limitazione dell'importo rimborsabile (art. 10 par. 2), e che affinché il capitale sociale possa essere computato nel capitale primario di classe 1 la legislazione deve consentire all'ente di limitare il rimborso in conformità all'art. 10 (art. 11 par. 2).

Il legislatore comunitario, quindi, ai fini del computo del capitale sociale nel capitale primario di classe 1 ipotizza differenti alternative al recesso: da una parte il rifiuto di rimborso; dall'altra il rinvio e la limitazione dell'importo del rimborso (fattispecie ricondotte alla categoria generale delle "limitazioni").

Il legislatore nazionale, per quanto concerne la disciplina del capitale primario di classe 1, mostrando la propria preferenza nei confronti della seconda categoria (rinvio o limitazione dell'importo), ha sicuramente recepito le indicazioni comunitarie, senza peraltro che ciò fosse necessario, tenuto conto che le medesime erano poste da una fonte (regolamento comunitario) direttamente applicabile sul territorio degli Stati membri<sup>36</sup>.

---

e Corte costituzionale, in *Foro it.*, 1976, 542; D. NARDI, *Norme interne riproduttive di regolamenti comunitari e interpretazione a titolo di pregiudiziale*, in *Giur. it.*, 1981, 10, p. 1421; S. PUGLISI, *La pratica riproduttiva della normativa italiana di attuazione di regolamenti della Comunità Economica Europea*, in *Giust. civ.*, 1981, 6, p. 271.

<sup>36</sup> Cfr. C. cost. 27 dicembre 1973 n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401, secondo cui "I regolamenti emanati dagli organi della C.E.E. ai sensi dell'art. 189 del Trattato di Roma appartengono all'ordinamento proprio della Comunità: il diritto di questa e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati -, debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari?"; analogamente C. cost. 8 giugno 1984 n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098, secondo cui "Il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno è ordinato sul principio secondo

In tal senso, la Consulta ha finanche elogiato l'iniziativa normativa, per la preferenza mostrata nei confronti dell'alternativa adottata, meno gravosa rispetto al rifiuto, in ossequio al principio del "minimo mezzo"<sup>37</sup>.

Pur tuttavia, le disposizioni citate indicano i requisiti necessari per l'inserimento del capitale sociale nel capitale primario di classe 1, senza imporre al legislatore le iniziative intraprese in relazione all'eventuale esercizio del diritto di recesso (conseguente, nel caso di specie, alla trasformazione delle banche popolari in società per azioni).

Se da una parte, quindi, è vero che il legislatore nazionale non aveva discrezionalità in relazione ai requisiti del menzionato capitale primario (posti dalla normativa comunitaria), dall'altra l'attribuzione alla banca del potere di apporre limiti al rimborso è stata autonomamente e discrezionalmente adottata (rappresentando una mera facoltà e non un obbligo<sup>38</sup>), con il dichiarato intento di stabilizzare il sistema finanziario ed evitare possibili procedure di risoluzione delle banche popolari<sup>39</sup>.

In tal modo, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, è stata manifestata una preferenza per la compressione dei diritti vantati dai soci, rispetto a differenti alternative (anche di mercato<sup>40</sup>) astrattamente ipotizzabili.

---

*il quale il regolamento CEE prevale rispetto alle confliggenti statuizioni del legislatore interno"; si segnala altresì la pronuncia CGCE 10 ottobre 1973, causa 34/73, Fratelli Variola S.p.a. c. Amministrazione italiana delle Finanze, in Race, 1973, 981, secondo cui "l'efficacia diretta del regolamento implica che la sua entrata in vigore e la sua applicazione nei confronti degli amministratori non abbisognano di alcun atto di ricezione nel diritto interno. Gli Stati membri sono tenuti, in forza degli impegni da essi assunti con la ratifica del Trattato, a non ostacolare l'efficacia diretta propria dei regolamenti e di altre norme comunitarie. L'osservanza scrupolosa del predetto obbligo è una condizione indispensabile per l'applicazione simultanea ed uniforme dei regolamenti comunitari all'interno di tutti gli Stati membri della Comunità".*

<sup>37</sup> Coniato dal Romagnosi, secondo cui "la regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà" (cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP per il XXV della fondazione, Milano, 1985, p. 16).

<sup>38</sup> Si consideri, a tal riguardo, che la stessa legislazione comunitaria contempla l'ipotesi di un intervento del legislatore nazionale quale meramente eventuale (cfr. art. 11 comma 2 regolamento delegato (UE) n. 241/2014, secondo cui "Se gli strumenti sono regolati dalla normativa nazionale in assenza di disposizioni contrattuali, perché gli strumenti abbiano i requisiti per essere considerati capitale primario di classe 1 la legislazione deve consentire all'ente di limitare il rimborso come previsto dall'articolo 10, paragrafi da 1 a 3") disciplinando altresì l'ipotesi in cui le limitazioni vengano meno (cfr. art. 30 regolamento (UE) n. 575/2013, secondo cui "Quando, nel caso di uno strumento del capitale primario di classe 1, le condizioni di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29 non sono più soddisfatte, si applica quanto segue: a) lo strumento in questione cessa immediatamente di essere considerato strumento del capitale primario di classe 1 [...]").

<sup>39</sup> La stessa Banca d'Italia, del resto, negli atti difensivi allegati al giudizio di legittimità costituzionale, chiarisce che il potere di limitare il rimborso delle azioni sarebbe stato introdotto al fine di assicurare che le azioni delle banche popolari soddisfino le condizioni previste dall'art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, come risulterebbe anche dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione, ove è richiamata l'esigenza di mantenere un'adeguata patrimonializzazione della banca, limitando il rimborso al fine di "assicurare la computabilità delle azioni nel capitale di qualità primaria della banca".

<sup>40</sup> Basti pensare, infatti, che la medesima problematica avrebbe potuto essere definita mediante un tentativo di aumento del capitale sociale, con emissione di nuove azioni, sottoposte agli stringenti limiti richiesti per il computo nel c.d. capitale primario di classe 1.

Ricondotta la vicenda nei termini anzidetti, sarà possibile predicare l'ammissibilità della questione sollevata dal Consiglio di Stato e la legittimità del sindacato esercitato dalla Consulta; a differenti conclusioni occorrerebbe pervenire, viceversa, ove il legislatore nazionale avesse solo riprodotto le disposizioni comunitarie di natura auto-applicativa (ovvero nell'ipotesi in cui si ritenesse che la questione sollevata dal giudice *a quo* abbia inteso censurare unicamente tali aspetti), salvi gli esiti di un'indagine volta a verificare l'eventuale violazione dei principi supremi e fondamentali dell'ordinamento nazionale, ovvero dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati<sup>41</sup>, in ossequio alla teoria dei "controlimiti"<sup>42</sup> (sopravvissuta anche alla riforma del Titolo V della Costituzione<sup>43</sup>).

### 3. Configurabilità di una fattispecie espropriativa

La Consulta esclude la configurabilità di un'espropriazione senza indennizzo, asserendo che la limitazione del rimborso della partecipazione (da intendersi quale rinvio o limitazione dell'importo) sarebbe solo eventuale, astrattamente limitata nel tempo e finalizzata al rispetto degli obblighi prudenziali imposti dal legislatore comunitario (già trattati, questi ultimi, nel paragrafo che precede).

Le argomentazioni della Corte, tuttavia, non convincono pienamente.

Pur concordando, in senso astratto ed attenendosi pedissequamente al dettato normativo, sulla mera eventualità della limitazione al rimborso, occorre ricordare come gli stessi Giudici costituzionali abbiano stigmatizzato che, nel caso di specie, le esigenze sottese alle regole prudenziali europee si impongono addirittura con maggiore forza per il *"pericolo che il recesso dei soci a seguito della trasformazione del tipo sociale assuma estese dimensioni ed esponga le banche al rischio di esborsi a loro volta di eccezionale consistenza"*.

---

<sup>41</sup> Cfr. *supra* nota n. 30.

<sup>42</sup> Sulla cui recente evoluzione si segnalano: M. BRANCA, *Il punto sui "contro limiti"*, in *Giur. cost.*, 2014, 5, p. 3899; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i "controlimiti" in azione*, in *forumcostituzionale.it*, 2014; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, *ivi*, 2016; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *federalismi.it*, 2016; A. SANDULLI, *All'estremo limite dei controlimiti: la Corte costituzionale e l'ordine legale internazionale*, in *Foro it.*, 2015, 4, p. 1166; M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Rivista AIC*, 2016, 4, p. 6; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *federalismi.it*, 2017, 7, p. 15; D. A. ANZON, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 2017, 1, p. 507; A. RUGGERI, *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 2018, 10, p. 549.

<sup>43</sup> Nonostante gli artt. 10 e 11 Cost. rappresentassero, fino al 2001, la clausola di apertura del nostro ordinamento al contesto inter- e sovra-nazionale, è solo con la novellata formulazione dell'art. 117 comma 1 Cost., ad opera della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, che è stato tradotti in termini positivi l'obbligo del legislatore (statale o regionale) di rispettare i *"vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali"*, decretandone - almeno apparentemente - la supremazia nella gerarchia delle fonti.

È ben chiaro, quindi, che l'iniziativa legislativa incide su una fattispecie puntuale e concreta, non meramente eventuale, la cui realizzazione viene ritenuta (quantomeno) probabile, al punto da integrare - ad avviso della stessa Consulta - i requisiti straordinari di necessità ed urgenza prescritti dall'art. 77 Cost.<sup>44</sup>. Giova considerare, inoltre, che l'operatività della norma sottoposta alla Consulta presuppone che le eventuali esigenze prudenziali siano venute ad esistenza; ne consegue che, dinanzi ad esse, l'applicazione della disposizione nazionale non sarà caratterizzata da alcuna eventualità, essendo invece certa e cogente. Convince ancor meno l'assunto secondo cui la limitazione sarebbe astrattamente circoscritta nel tempo. Basti considerare, a tal riguardo, che lo stesso legislatore collega la cessazione della limitazione al venir meno delle esigenze prudenziali, senza neanche provare ad imporre (alla banca che abbia deliberato la limitazione) eventuali prescrizioni orientate ad un percorso virtuoso, finalizzato a rimuovere nel più breve tempo possibile le circostanze sottese alla determinazione assunta<sup>45</sup>.

Ciò comporta che, nell'ipotesi in cui la banca non raggiungesse autonomamente (*rectius*: senza il computo delle azioni dei soci recedenti) i requisiti prudenziali, le limitazioni opererebbero *sine die*, senza che al socio recedente venga fornita alcuna garanzia – anche quantitativa – in merito al futuro rimborso.

Occorre infatti considerare che la condizione economico-finanziaria dell'istituto di credito potrebbe anche peggiorare, rispetto alla data di esercizio del recesso, ed il socio potrebbe conseguentemente assistere all'ulteriore erosione (totale o parziale) delle già ridotte possibilità di incassare il proprio credito. Nulla vieta, infatti, che la banca originariamente non sottoposta ad una procedura di risoluzione o liquidazione ai sensi della direttiva 2014/59/UE, nonostante l'utilizzo delle limitazioni al rimborso, possa comunque perdere in un momento successivo i requisiti prudenziali, addivenendo ad una condizione economica peggiore rispetto a quella riscontrabile al momento del recesso.

Non appare condivisibile, per le ragioni anzidette, l'affermazione della Corte secondo cui l'alternativa concretamente praticabile (risoluzione o liquidazione immediata della banca) sarebbe necessariamente peggiore rispetto a quella configurabile attraverso la prosecuzione dell'attività sociale.

Dinanzi a tali scenari, anche le possibilità di tutela offerte dall'esercizio di un controllo giudiziale sull'eventuale assenza dei requisiti prudenziali (posti alla base delle determinazioni bancarie) diverrebbero evanescenti, poiché l'ambito di indagine resterebbe comunque confinato alla mera valutazione

---

<sup>44</sup> Che, ad avviso di autorevole dottrina, possono riferirsi tanto alla necessità di provvedere, quanto al contenuto del provvedimento (cfr. C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 844-845; G. VIESTI, *Il decreto-legge*, Napoli, 1967, 125; F. SORRENTINO, *La corte costituzionale tra decreto-legge e legge di conversione*, in *Dir. soc.*, 1974, p. 524).

<sup>45</sup> Ci si riferisce, in particolare, alla imposizione di obiettivi a scadenza temporale, anche progressiva, che obblighino la dirigenza bancaria a conseguire il rispetto dei requisiti prudenziali senza il computo delle azioni dei soci recedenti, anche mediante operazioni di cartolarizzazione, aumenti di capitale, riduzione dell'operatività bancaria e delle connesse esposizioni, ecc.



patrimoniale dell'istituto di credito, senza potersi spingere a sindacare la discrezionalità gestionale e gli scopi concretamente perseguiti dagli organi amministrativi (i quali, anche per scelta consapevole, potrebbero avere interesse a proseguire l'attività bancaria mediante l'utilizzo delle risorse dei soci recedenti, senza dover adottare più rigorose politiche di patrimonializzazione).

Appaiono invece ragionevoli le perplessità manifestate dal Giudice rimettente, sulla natura (direttamente o indirettamente) espropriativa della limitazione al rimborso e, conseguentemente, sulla possibile incostituzionalità rispetto all'art. 42 Cost.

Quantunque la Corte non abbia preso espressamente posizione su tale punto, l'intera partita si gioca sul delicato confine tra la “*funzione sociale*” di cui all'art. 42 comma 2 Cost. e la fattispecie espropriativa trattata dall'art. 42 comma 3 Cost.

A tal riguardo, la Consulta ha avuto modo di chiarire che l'art. 42 Cost. non impone un indennizzo quando la legge pone restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale, limitando tale evenienza solo al caso di espropriazione per pubblico interesse, con la conseguenza che il diritto di proprietà: da una parte non può soprafare l'interesse generale; dall'altra non può essere integralmente svuotato del suo contenuto<sup>46</sup>.

In riferimento a tale ultimo aspetto, è stata riconosciuta natura espropriativa anche all'atto che, pur non disponendo un trasferimento totale o parziale di diritti, imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene in misura tale da renderlo inutilizzabile in rapporto alla sua naturale destinazione, ovvero da mortificare il suo valore di scambio, tenendo conto della “*concretezza del sacrificio imposto*”<sup>47</sup>.

Anche dall'analisi dei principi citati, tuttavia, non sembrerebbe possibile trarre conclusioni chiare rispetto alla fattispecie concreta. Da una parte, infatti, è evidente che l'entità della limitazione incide in modo

---

<sup>46</sup> Cfr. C. cost. 26 aprile 1971 n. 79, in CED online, 1971, ove si chiarisce che “*la ragione della differenza sta nel fatto che è coesistente alla nozione giuridica di quel diritto il suo adattamento alle esigenze sociali e quindi un suo aspetto di relatività con riguardo alle esigenze stesse; così che l'interesse inerente al dominio privato non abbia a soprafare l'interesse generale*”, e che tuttavia “*la precisazione del contenuto della proprietà nel rapporto con le istanze generali non può essere fatta in modo che essa risulti svuotata del tutto di contenuto: in tal caso non ne viene moderato l'esercizio, ma il diritto viene soppresso e la concessione di un indennizzo non può essere evitata*”.

<sup>47</sup> Cfr. C. cost. 20 gennaio 1966 n. 6, in CED online, 1966, ove si afferma altresì che “*La nozione di espropriazione ai sensi del terzo comma dello art. 42 Cost. si ricava dal confronto di questa norma con i due commi precedenti dello stesso articolo. Con il primo comma e con la prima parte del secondo comma, si afferma (del resto in correlazione con altri articoli, fra i quali precipuamente l'art. 41, l'art. 43 e l'art. 44) il principio che l'istituto della proprietà privata è garantito; con la seconda parte del secondo comma si enuncia che la legge ne determina i modi di acquisto, di godimento ed i limiti; nel terzo si prevede che la proprietà privata può essere espropriata. Deriva da ciò che la determinazione dei modi di acquisto, di godimento e dei limiti non può violare la garanzia accordata dalla Costituzione alla proprietà privata, sopprimendone l'istituto o negando ovvero comprimendone singoli diritti senza indennizzo. La violazione di tale garanzia, infatti, si verifica non soltanto nei casi di traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà venga praticamente annullato o menomato senza indennizzo*”.

significativo sul diritto di proprietà, svuotandolo pressoché integralmente del proprio contenuto tipico<sup>48</sup>, dall'altra è indubbio che il socio resti proprietario della partecipazione e che la finalità perseguita possa astrattamente rientrare nel paradigma della funzione sociale<sup>49</sup>, quantomeno in termini (così dichiarati) di perseguimento della stabilità finanziaria<sup>50</sup>.

Ciò premesso, un elemento da non trascurare, che potrebbe contribuire ad un corretto inquadramento della tematica, è la durata del vincolo, anch'essa oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza costituzionale. In tal senso, seppur in relazione ad una differente fattispecie, è stato affermato che la reiterazione in via amministrativa di vincoli decaduti (preordinati all'espropriazione o con carattere sostanzialmente espropriativo), ovvero la proroga in via legislativa o la particolare durata dei vincoli stessi, assumono certamente carattere patologico quando vi sia una *"indefinita reiterazione o una proroga "sine die" o all'infinito [...], o quando il limite temporale sia indeterminato, cioè non sia certo, preciso e sicuro e, quindi, anche non contenuto in termini di ragionevolezza [...]"*<sup>51</sup>, con la conseguenza che la mancata previsione di qualsiasi indennizzo si pone in contrasto con i principi costituzionali ricavabili dall'art. 42 comma 3 Cost.

Ad analoghe conclusioni è pervenuta altresì la recente giurisprudenza amministrativa, valorizzando il parametro temporale quale presupposto dell'ablazione espropriativa<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Conservando il socio recedente limitati diritti (utili, diritto alla compravendita, aspettativa di futuro rimborso, ecc.).

<sup>49</sup> All'interno della quale, storicamente, sono ricondotte le limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà in materia locatizia (equo canone, limitazioni al recesso del locatore, ecc.), agraria (criteri di determinazione del canone, limiti alla ripartizione del prodotto, ecc.), urbanistica (distanze nelle costruzioni, vincoli urbanistici e paesaggistici, disciplina dello *jus aedificandi*, ecc.), civilistica (servitù prediali).

<sup>50</sup> Cfr. G. CASASOLE, *La Corte di Giustizia e la tutela della stabilità finanziaria: verso una nuova dimensione della funzione sociale della proprietà?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2017, 4, p. 639.

<sup>51</sup> Cfr. C. cost. 20 maggio 1999 n. 179, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 347 (con nota di Antoniazzi) *"Il necessario indennizzo in conseguenza della reiterazione di vincoli urbanistici decaduti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e del Consiglio di stato: più ampie possibilità di effettiva tutela per le posizioni private."*

<sup>52</sup> Cfr. T.A.R. Genova (Liguria), sez. I, 30 gennaio 2017 n. 58, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1, I, 149, secondo cui *"È manifestamente infondata la q.l.c. della l.reg. Liguria n. 1 del 2008, così come modificata dalla l.reg. Liguria n. 4 del 2013, in rapporto agli art. 3 e 42 cost., laddove non prevede l'erogazione di un indennizzo a fronte della limitazione del diritto di proprietà derivante dall'imposizione del vincolo di destinazione alberghiera. Si tratta infatti di una compressione che non è destinata a perpetuarsi indefinitamente nel tempo, dal momento che la legge regionale contiene disposizioni che rendono esplicita la temporaneità del vincolo stesso, prevedendo il suo venir meno in presenza di alcune tassative circostanze. Ne deriva che il vincolo in questione non rientra nello schema espropriativo, poiché non comporta né l'ablazione del bene né il sostanziale svuotamento del contenuto economico del diritto di proprietà"*; in chiave più generale, si segnala Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2011 n. 2083, in *Foro amm. CDS*, secondo cui *"Il diritto all'indennizzo del proprietario, il cui interesse sia stato sacrificato, sussiste solo in presenza di espropriazione o di imposizione di vincoli di inedificabilità assoluta a tempo indeterminato, ovvero quando intervenga uno svuotamento, di rilevante entità ed incisività, del contenuto della proprietà stessa, mediante imposizione, immediatamente operativa, di vincoli a titolo particolare su beni determinati, senza una ragionevole limitazione temporale e con superamento della normale tollerabilità, secondo una concezione della proprietà, che resta regolata dalla legge per i modi di godimento e i limiti preordinati alla funzione sociale della stessa, a norma dell'art. 42 comma 2, cost."*

L'incisività del vincolo apposto, unitamente alla sua caratterizzazione temporale, farebbe quindi propendere per la natura espropriativa (seppur di carattere non traslativo<sup>53</sup>) della limitazione introdotta dal legislatore nazionale, a fronte della quale – tuttavia – mancherebbe un “*serio ristoro*”<sup>54</sup>.

#### 4. Riconducibilità all'ambito di operatività dell'art. 23 Cost.

I Giudici di Palazzo Spada hanno altresì ipotizzato un possibile contrasto tra la norma sottoposta al vaglio della Consulta e la riserva di legge contemplata dall'art. 23 Cost.

Il richiamo a tale disposizione, tuttavia, appare sottovalutato dalla sentenza.

La norma costituzionale si pone, parzialmente, in linea di continuità con l'art. 30 dello Statuto albertino<sup>55</sup> (il cui ambito di operatività era tuttavia limitato al settore tributario), ampliandone la portata a qualsiasi imposizione personale o patrimoniale, che potrà dirsi legittima nei limiti in cui sia stata deliberata dall'organo rappresentativo del popolo (il Parlamento)<sup>56</sup>.

Lo scopo della norma, come sancito in una risalente pronuncia della Consulta<sup>57</sup>, è la tutela della libertà e della proprietà individuale, cui si perviene determinando a quali condizioni una prestazione, personale o patrimoniale, può essere legittimamente imposta a carico di una persona senza che la volontà di questa vi abbia concorso e senza che si lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Cfr. C. cost. 29 maggio 1968 n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, 838, che ha sancito “*l'illegittimità costituzionale dei numeri 2, 3, 4 dell'art. 7 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e dell'art. 40 della stessa legge, nella parte in cui non prevedono un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato nei confronti dei diritti reali, quando le limitazioni stesse abbiano contenuto espropriativo nei sensi indicati in motivazione*”, precisando che la proprietà è violata anche quando “*singoli diritti, che all'istituto si ricollegano, vengano compressi o soppressi senza indennizzo, mediante atti di imposizione che, indipendentemente dalla loro forma, conducano ad una traslazione totale o parziale del diritto, quanto ad uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto e la sottoposizione a tutti gli oneri, anche fiscali, riguardanti la proprietà fondiaria*”.

<sup>54</sup> Cfr. C. cost. 24 ottobre 2007 n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475 (con nota di Pinelli - Moscarini), secondo cui “*in base all'art. 1 del primo Protocollo della Cedu, nella interpretazione ad esso data dalla Corte di Strasburgo - interpretazione non incompatibile con l'ordinamento costituzionale italiano e in particolare con l'art. 42 cost. - l'indennizzo cui lo Stato è tenuto in caso di espropriazione non può ritenersi legittimo se non consiste in una somma che si ponga in rapporto ragionevole con il valore del bene*”, corrispondente a “*quel "serio ristoro" richiesto dalla giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale*”.

<sup>55</sup> Ai sensi del quale “*Nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle Camere e sanzionato dal Re*”.

<sup>56</sup> In ossequio al principio “*no taxation without representation*” (riconosciuto dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215, e divenuto celebre nella lotta dei patrioti americani contro la Corona inglese - che imponeva tasse alle colonie senza riconoscere alle medesime alcuna rappresentanza parlamentare - sfociata nella Guerra d'indipendenza americana del 1776), sul quale si sono recentemente soffermati: S. SILEONI, “*No taxation without representation*”: profili costituzionali di un motto che si fa in cinque, in *Percorsi costituzionali*, 2017, 1, p. 89, nonché F. SAITTO, “*No taxation without representation*”: il dibattito sul potere di tassare alle origini dell'esperienza costituzionale statunitense e la sua eredità, in *Dir. pubbl.*, 2013, 2, p. 641.

<sup>57</sup> Cfr. C. cost. 26 gennaio 1957 n. 4, in *Giur. cost.*, 1957, 22.

<sup>58</sup> In senso analogo, con riferimento all'irrelevanza di qualsivoglia manifestazione di volontà del destinatario dell'imposizione, si richiama C. cost. 30 gennaio 1962 n. 2, in *Giur. cost.*, 1962, 15.

Ciò premesso, occorre preliminarmente verificare se l'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 sia astrattamente idoneo a configurare una prestazione patrimoniale imposta.

Rientrano in tale categoria sicuramente le prestazioni imposte in via autoritativa ed unilaterale<sup>59</sup>, ma anche prestazioni regolamentate in via autoritativa, ma fornite su richiesta del cittadino<sup>60</sup>.

Il requisito della patrimonialità, poi, si rinviene nella attitudine a produrre una decurtazione del patrimonio del privato<sup>61</sup>, che può avere ad oggetto somme di denaro, o concretizzarsi nella perdita di un diritto (anche di credito).

Premesso quanto sopra, l'ipotesi di limitazione del diritto al rimborso parrebbe astrattamente rientrare nell'ambito delle imposizioni patrimoniali.

In senso contrario, tuttavia, occorre considerare la tesi secondo cui le prestazioni imposte non potrebbero avere carattere di coercibilità, ma solo di obbligatorietà<sup>62</sup>, con la conseguenza che l'obbligato potrebbe non adempiervi, soggiacendo alle eventuali sanzioni previste dall'ordinamento<sup>63</sup>.

Così opinando, la limitazione del diritto al rimborso non potrebbe rientrare nelle prestazioni imposte, poiché al socio di una banca popolare non residua alcuna facoltà per sottrarsi alla disposizione di legge, essendo irrilevante qualsivoglia forma di collaborazione del soggetto passivo rispetto all'obbligo introdotto dal legislatore.

Anche tale elemento, tuttavia, non appare convincente, poiché aderendo acriticamente alla tesi esposta, si perverrebbe a sostenere che in presenza di coercibilità (e, quindi, di una compressione ben più significativa dell'autonomia dei soggetti obbligati), non sarebbe necessario rispettare la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., vanificando le finalità perseguite dalla norma.

---

<sup>59</sup> Cfr. C. cost. 26 gennaio 1957 n. 4, in *Giur. cost.*, 1957, 22, nonché C. cost. 30 gennaio 1962 n. 2, in *Giur. cost.*, 1962, 15.

<sup>60</sup> Cfr. C. cost. 9 aprile 1969 n. 72, secondo cui *“il carattere impositivo della prestazione non è escluso per il solo fatto che la richiesta del servizio dipenda dalla volontà del privato: ed invero tutte le volte in cui un servizio, in considerazione di una sua particolare rilevanza, venga riservato alla mano pubblica e l'uso di esso sia da considerare essenziale ai bisogni della vita, è d'uopo riconoscere che la determinazione autoritaria delle tariffe deve assimilarsi, nella realtà effettuale, ad una vera e propria imposizione di prestazioni patrimoniali. Quando ricorrano entrambi gli indicati presupposti, il fatto che l'obbligazione al pagamento del corrispettivo del servizio presupponga la volontà dell'utente di avvalersi dello stesso non giuoca, sotto il profilo che qui viene in considerazione, un ruolo determinante. Se è vero, infatti, che il cittadino è libero di stipulare o non stipulare il contratto, è altrettanto vero che questa libertà si riduce alla possibilità di scegliere fra la rinuncia al soddisfacimento di un bisogno essenziale e l'accettazione di condizioni e di obblighi unilateralmente e autoritariamente prefissati: si tratta, insomma, di una libertà meramente formale, perché la scelta nel primo senso comporta il sacrificio di un interesse assai rilevante”*.

<sup>61</sup> Cfr. A. FEDELE, *Prestazioni imposte*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 3.

<sup>62</sup> Cfr. D. MORANA, *Libertà costituzionali e prestazioni personali imposte. L'art. 23 Cost. come norma di chiusura*, Milano, 2007, p. 68; analogamente C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Padova, 1932, ora rist. in ID., *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli, 1999 (a cura di J.P. BERARDO), 61, secondo cui *“lo Stato quanto comanda non costringe, quando costringe non comanda”*.

<sup>63</sup> Basti pensare, in tal senso, ai tributi erariali, dinanzi alla cui imposizione il cittadino potrebbe non adempiere, soggiacendo alle sanzioni tributarie.

Optando, invece, per un'applicazione estensiva dell'art. 23 Cost., che possa comprendere anche le limitazioni al rimborso delle partecipazioni, potrebbe rinvenirsi una violazione della riserva di legge<sup>64</sup>.

Difatti, pur riconoscendone la natura relativa<sup>65</sup>, ai fini del rispetto della disposizione costituzionale, sarà comunque necessario che la legge individui quantomeno preventivamente e sufficientemente i criteri direttivi di base e le linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa<sup>66</sup>, e che il precetto legislativo sia integrato dalla normativa secondaria o amministrativa, e non certamente - come nel caso di specie - da verifiche e valutazioni del consiglio di amministrazione di una banca.

## 5. Tra legittimità costituzionale e scelte di politica economica: neoliberalismo o neodirigismo?

Il rapporto tra Stato ed economia, nell'esperienza repubblicana, consente di tracciare una linea evolutiva che conduce dall'originario modello interventista (o dirigista)<sup>67</sup> ad un modello maggiormente proiettato al mercato<sup>68</sup>, in ossequio alla tendenza liberale emersa anche in ambito sovranazionale<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> In senso dubbioso, su tale aspetto, anche tenendo conto della possibile idoneità di fonti europee ad assolvere la riserva di legge nazionale, si segnala D. DE LUNGO, *Il nuovo assetto*, op. cit., p. 16 ss.

<sup>65</sup> *Ex multis*, C. cost. 15 marzo 1994 n. 90, in *Giur. cost.*, 1994, 856, secondo cui "L'art. 23 cost., il quale stabilisce che le prestazioni patrimoniali devono essere imposte per legge, non preclude la possibilità che la prestazione sia stabilita con atti non legislativi, in base a presupposti ed elementi stabiliti dalla legge".

<sup>66</sup> Cfr. C. cost. 1 aprile 2003 n. 105, in *GT Riv. giur. trib.*, 2003, 613 (con nota di Ferrario).

<sup>67</sup> Caratterizzato dalla massiccia presenza nel settore economico (energia elettrica, petrolio, trasporto, servizi postali, ecc.), dall'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali, dell'IRI, del Comitato interministeriale per la programmazione economica (C.i.p.e.).

<sup>68</sup> Conseguito mediante le ormai note privatizzazioni (Poste Italiane, Ferrovie dello Stato, Enel, ENI, ecc.), accompagnate dall'implementazione di un sistema concorrenziale, regolamentato da autorità amministrative indipendenti (cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1998, pp. 647 ss.).

<sup>69</sup> Incentrata sulla disciplina della concorrenza, di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, che vieta accordi tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto d'impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune e possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, sanzionando altresì gli abusi di posizione dominante e vietando - in linea di principio - gli aiuti di Stato (sull'influenza della cultura europea di mercato, nei singoli ordinamenti nazionali, si vedano: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 ss.; F. COCOZZA, *Incidenza del diritto delle Comunità europee sul diritto pubblico nazionale dell'economia*, in F. GABRIELE - G. BUCCI - C. P. GUARINI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, pp. 67 ss.).

Entrambi i modelli hanno trovato spazio in una cornice costituzionale di tipo c.d. misto<sup>70</sup>, che ha cercato di contemperare esigenze privatistiche<sup>71</sup> e sociali<sup>72</sup>.

La regolamentazione bancaria può rientrare, a pieno titolo, tra le materie in relazione alle quali tale bilanciamento risulta più complesso, in considerazione degli interessi (anche di sistema e non meramente privatistici) collegati trasversalmente all'intero settore economico e sociale del Paese. La disciplina del recesso dei soci di banche popolari trasformate in società per azioni, in particolare, testimonia tali difficoltà.

Da una parte, come già anticipato, è possibile rilevare profili di contrasto con la Costituzione, in via diretta<sup>73</sup> (relativamente al rapporto tra fonte nazionale e Costituzione), ovvero indiretta<sup>74</sup> (per quanto concerne il rapporto tra fonte comunitaria e principi fondamentali dell'ordinamento interno), in ossequio alla teoria dei controlimiti.

Dall'altra, mettendo per un attimo da parte gli aspetti connessi al tipico sindacato di costituzionalità, ed esaminando la fattispecie da un diverso punto di vista, concentrato sull'analisi politico-economica dell'iniziativa legislativa, è possibile trarre ulteriori interessanti spunti di riflessione.

Come noto, ad avviso dei teorici liberisti<sup>75</sup>, un regime di assoluta concorrenza, che affidi al mercato il compito di trovare autonomamente un proprio equilibrio, consentirebbe di raggiungere il benessere del

---

<sup>70</sup> Frutto, secondo l'opinione prevalente, di un compromesso tra le differenti posizioni ideologiche rappresentate nell'Assemblea costituente (per una ricostruzione delle origini e delle caratteristiche della costituzione economica, si segnalano T. E. FROSINI - E. C. RAFFIOTTA, *Stato costituzionale e governo dell'economia*, in *Rass. parl.*, 2014, 4, p. 779; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2000; L. GIANNITI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "Costituzione economica"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 917; G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino, 1999; G. BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposte di riforma*, Milano, 1993; G. AMATO, *Il mercato*, op. cit.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. IV ed. Disc. Pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, pp. 374 ss.; S. BERETTA, *La "Costituzione economica": genesi e principi*, in *Il Politico*, 1988, p. 379); *contra* Q. CAMERLENGO, *Costituzione economia società*, Bari, 2017, pp. 81 ss., secondo cui non può parlarsi di compromesso, ma di "una chiara predilezione per un sistema economico depurato dalle velleità puramente efficientiste del mercato e della concorrenza, e piuttosto orientato ad assecondare un progetto di sviluppo sociale caratterizzato da una più ampia distribuzione della ricchezza nazionale".

<sup>71</sup> Tutela della proprietà provata e della libertà di iniziativa economica.

<sup>72</sup> Si pensi, tra l'altro, ai limiti posti all'esercizio dei tradizionali diritti economici, tra i quali: la "utilità sociale" di cui all'art. 41 Cost.; la "funzione sociale" di cui all'art. 42 Cost.; la "utilità generale" e l'"interesse generale" di cui all'art. 43 Cost.; gli "equi rapporti sociali" di cui all'art. 44 Cost.; la "funzione sociale" di cui all'art. 45 Cost.; la "elevazione economica e sociale" di cui all'art. 46 Cost.

<sup>73</sup> Per l'ipotesi in cui si riconoscessero margini di discrezionalità al legislatore nazionale, rispetto alla disciplina europea.

<sup>74</sup> Ove invece si volesse accedere alla tesi della Corte, secondo cui il legislatore nazionale si sarebbe limitato a recepire le indicazioni comunitarie.

<sup>75</sup> A partire dai fisiocrati che, nel 18° secolo, considerarono il liberismo quale logica conseguenza del giusnaturalismo, fino alla teorizzazione di Adam Smith, imperniata sulla convinzione che l'individuo, lasciato libero, garantisca a se ed alla collettività il maggior benessere possibile (cfr. A. SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London, 1776), divenuta nel tempo un pilastro della scienza economica moderna.



maggior numero di persone. A tale tesi si è opposto chi<sup>76</sup>, evidenziando il rischio di pericolose distorsioni<sup>77</sup>, ha sostenuto la necessità di un intervento statale nel settore economico.

Tale dibattito ha caratterizzato anche l'Assemblea costituente, come testimoniato dalle formule adottate nel titolo III parte I della Costituzione, che consentono forme di intervento pubblico, finalizzate a perseguire un effettivo esercizio dei diritti fondamentali, attraverso una più equa distribuzione della ricchezza nazionale.

Ebbene, le disposizioni sottoposte alla Consulta paiono inserirsi all'interno di una parabola discendente del modello economico concorrenziale di matrice nazionale e comunitaria, denotando una rinnovata tendenza dirigista (connotata, tuttavia, da caratteristiche ben diverse rispetto a quelle già assaporate nel dopoguerra), non ignota al mondo bancario<sup>78</sup>, che appare difficile ricondurre ai seppur ampi confini del modello costituzionale (misto) vigente.

È chiaro che il diritto di proprietà - pur non essendo completamente subordinato alle esigenze pubbliche<sup>79</sup> - debba essere esercitato nei limiti della “funzione sociale”<sup>80</sup>, essendo altresì passibile di esproprio per motivi di “interesse generale”<sup>81</sup>, ai sensi dell'art. 42 Cost.

Ove anche si volesse accedere alla tesi della Corte, secondo cui l'art. 1 del d.l. 24 gennaio 2015 n. 3 non configurerebbe un'espropriazione, ma solo un limite (legittimo) all'esercizio del diritto di proprietà, occorrerebbe soffermarsi sulla finalità concretamente sottesa all'intervento legislativo.

Ad un occhio attento, non sfuggirà che il limite della “funzione sociale”, storicamente, ha compreso posizioni giuridiche “forti”, a beneficio di soggetti *latu sensu* “deboli”<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> *In primis*, Keynes (cfr. J. M. KEYNES, *The end of the laissez-faire*, London, 1926; ID., *The general theory of employment, interest and money*, London, 1936), che - pur senza giungere alle teorizzazioni del pensiero economico socialista - negò la validità della teoria secondo la quale l'offerta crea sempre la propria domanda e mise in discussione la naturale tendenza del sistema concorrenziale alla piena occupazione dei fattori produttivi, in cui l'economia classica aveva costantemente creduto.

<sup>77</sup> Asimmetrie informative, monopoli, interessi individuali contrastanti con quelli collettivi, ecc.

<sup>78</sup> Cfr. S. FIORENZANO, *Le fondazioni di origine bancaria nuovamente al cospetto della Corte costituzionale: alla ricerca di un difficile equilibrio tra autonomia privata e tentazioni neo-dirigistiche*, in *Giur. it.*, 2004, 5, p. 921; S. AMOROSINO, *Le fondazioni di origine bancaria tra dirigismo amministrativo, controllo politico ed autonomia privata*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 5, p. 1684; M. RISPOLI FARINA, *Il controllo sull'attività creditizia dalla tutela dei risparmi al dirigismo economico*, in *Banca borsa*, 1981, 2, p. 161.

<sup>79</sup> Cfr. C. cost. 28 luglio 1983 n. 252, in *Giur. it.*, 1984, 607 (con nota di Annunziata), che ne ha ribadito la natura di diritto soggettivo, seppur non inviolabile.

<sup>80</sup> Per garantire il miglior bilanciamento possibile tra sviluppo personale e progresso sociale, con particolare riferimento al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale di cui art. 3 comma 2 Cost. (cfr. F. MACARIO, *sub art. 42*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, pp. 869 ss.).

<sup>81</sup> Corrispondente ad importanti esigenze di pubblica utilità, che abbiano carattere puntuale, concreto ed attuale (cfr. C. cost. 6 luglio 1966 n. 90, in *Giur. cost.*, 1966, 1136).

<sup>82</sup> Si pensi alla disciplina delle locazioni (equo canone, limitazioni al recesso del locatore, ecc.), ai alle disposizioni agrarie (criteri di determinazione del canone, limiti alla ripartizione del prodotto, ecc.), alle servitù di passaggio.

Tale paradigma, tuttavia, non si riscontra nel caso di specie, in relazione al quale vengono comprese le posizioni dei soci delle banche popolari trasformate in società per azioni (già ritenute - dallo stesso legislatore - meritevoli di tutela<sup>83</sup>), in favore delle esigenze di stabilità del sistema bancario, che certamente non può ritenersi parte “debole” del rapporto.

Ridurre l'analisi alla disciplina della proprietà privata, tuttavia, sarebbe fuorviante, poiché la vicenda esaminata coinvolge ulteriori profili, anch'essi di rango costituzionale, di cui dovrà tenersi conto per valutare se questo rinnovato dirigismo possa ritenersi compatibile con l'intero impianto della Costituzione economica.

Nel dettaglio, sembrano essere stati trascurati i principi di cui agli artt. 45 e (soprattutto) 47 della Costituzione.

La prima disposizione riconosce infatti la “*funzione sociale*” della cooperazione a “*carattere di mutualità*” e “*senza fini di speculazione privata*”. La sua applicazione, tuttavia, coinvolge solo marginalmente le banche popolari che, pur appartenendo al *genus* delle cooperative, non paiono rispettare tutti i requisiti prescritti dalla norma<sup>84</sup>.

Ben più pregnante, invece, è il riferimento all'art. 47 comma 1 Cost.<sup>85</sup>, incentrato sulla tutela del risparmio, tradizionalmente inteso come piccolo risparmio<sup>86</sup>, ma in grado di ricomprendere anche le attività di investimento<sup>87</sup>, ormai solo astrattamente contrapponibili a quelle speculative.

Nel moderno contesto economico-sociale, infatti, tale distinzione presenta margini piuttosto labili ed incerti, quale conseguenza dell'enorme evoluzione degli strumenti finanziari<sup>88</sup>. La recente crisi economica, del resto, ha chiarito che il risparmio transita ormai ordinariamente attraverso fondi di investimento, obbligazioni, derivati, *bond*, ecc.

---

<sup>83</sup> Come testimoniato - tra l'altro - dalla previsione del diritto di recesso e di liquidazione della partecipazione.

<sup>84</sup> In particolare il carattere di mutualità tra i soci e la società (meglio precisato dall'art. 2512 e ss. c.c.) e l'assenza dei fini di speculazione privata in capo al singolo socio cooperatore (che non implica il divieto di generare utili di esercizio, limitandone tuttavia la destinazione e l'impiego).

<sup>85</sup> Ai sensi del quale “*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina e coordina l'esercizio del credito*”.

<sup>86</sup> Il c.d. “*risparmio popolare*”, principalmente concentrato in depositi bancari, titoli di Stato e obbligazioni (cfr. S. BARONCELLI, *sub* art. 47, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, p. 947).

<sup>87</sup> Cfr. in tal senso Cass. civ. sez. III 23 marzo 2011 n. 6681, in *Giust. civ.*, 2011, 05, 00, 1198, secondo cui “*L'attività di natura discrezionale della Consob deve svolgersi non solo nei limiti e con l'esercizio dei poteri di cui alle leggi speciali che ne regolano il funzionamento, ma anche della norma primaria del "neminem laedere", alla luce dei principi costituzionali di legalità e imparzialità della p.a. (art. 97 cost.) e di tutela del risparmio (art. 47 cost.)*”.

<sup>88</sup> Un tempo ridotti ai titoli di Stato ed ai libretti di risparmio.

Non può dubitarsi, quindi, che anche le partecipazioni in una banca popolare (a prescindere dalla qualificazione come attività di investimento o speculativa) possano rientrare nell'ambito del risparmio tutelato dalla Costituzione, e pregiudicato dalle disposizioni sottoposte alla Consulta.

A ciò si aggiunga che, avallando l'iniziativa legislativa, si perverrebbe ad un'accezione prescrittiva della costituzione economica, caratterizzata non solo dall'autonomia di principi e regole rispetto al resto della Costituzione<sup>89</sup> (già di per se non condivisibile), ma anche dall'identificazione di un modello economico da imporre a tutti i consociati<sup>90</sup> (in analogia con quanto storicamente accaduto nel socialismo di matrice sovietica e nel corporativismo fascista).

L'autonomia della costituzione economica, intesa storicamente quale strumento di promozione di un modello di economia sociale fortemente connotato da elementi liberisti<sup>91</sup>, diverrebbe un espediente per limitare gli effetti del mercato, preservando gli interessi degli operatori economici organizzati (le banche), in pregiudizio di coloro che – detenendone le partecipazioni – dovrebbero determinarne le sorti, derogando peraltro alle stesse garanzie di legge.

Tale deriva non è condivisibile, poiché da una parte viene reciso (inaccettabilmente<sup>92</sup>) il collegamento tra disposizioni economiche e principi fondamentali della Costituzione<sup>93</sup>, dall'altra viene mortificata la “*dignità umana*”<sup>94</sup> dei soci recedenti.

È chiaro, dinanzi alle difficoltà del sistema bancario italiano<sup>95</sup>, il tentativo di porre in essere politiche economico-finanziarie particolarmente incisive, avvalendosi non solo degli ordinari strumenti<sup>96</sup>, ma anche attraverso l'utilizzo di istituti giuridici che hanno altra origine e finalità.

---

<sup>89</sup> Tesi che pure ha incontrato autorevoli sostenitori (cfr. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 38).

<sup>90</sup> Per un'attenta disamina di tali temi, ed in particolare del rapporto tra accezione descrittiva e prescrittiva della costituzione economica, si segnala Q. CAMERLENGO, *Costituzione*, cit., p. 43 ss.

<sup>91</sup> G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. DELLA CANEA - G. NAPOLITANO (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, p. 11, secondo cui chi si oppone all'autonomia della costituzione economica, si oppone al mercato.

<sup>92</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Economia*, op. cit., p. 375, secondo cui tale separazione “*non può essere accettata nelle Costituzioni degli odierni Stati sociali?*”.

<sup>93</sup> In particolare gli artt. 2 e 3 della Carta.

<sup>94</sup> Che, ad avviso dell'On. Mastrojanni (membro dell'Assemblea costituente per il Fronte dell'Uomo qualunque), non deve tutelare solo i meno abbienti, ma tutti gli uomini, poiché si coarta la dignità dell'abbiente quando lo si aggradisce con leggi che contrastano il suo patrimonio.

<sup>95</sup> Ricollegabili sia alla privatizzazione delle banche pubbliche, sia al passaggio dal modello di banca intermediatrice del risparmio col credito a quello della c.d. banca universale (per la cui disamina, si rinvia a: F. MERUSI, *Le banche pubbliche fra privatizzazione e ricapitalizzazione. Alle origini delle "cadute" del sistema bancario italiano*, in *Dir. econ.*, 2017, 3, p. 637; nonché, per una ricostruzione in chiave di tutela del risparmio, a E. GLIOZZI, *La tutela del risparmiatore e la banca universale*, in *Giur. comm.*, 2015, 3, p. 465).

<sup>96</sup> *In primis*: le operazioni di QE - *Quantitative Easing* (aventi quale oggetto prevalente l'acquisto di titoli di Stato e obbligazioni); le c.d. TLTRO - *Targeted Longer-Term Refinancing Operations* (iniezioni di liquidità poste in essere dalla BCE); la determinazione dei tassi di interesse dell'Eurosistema; le operazioni di ELA - *Emergency Liquidity Assistance*

Un intervento più deciso della Consulta sarebbe stato auspicabile e senza dubbio ammissibile, poiché non avrebbe invaso la legittima sfera di discrezionalità legislativa nel perseguire un determinato fine<sup>97</sup>, dinanzi ad un provvedimento legislativo chiaramente irragionevole e radicalmente restrittivo del diritto di proprietà (al punto da annullarne inammissibilmente il contenuto<sup>98</sup>) e del diritto di libera iniziativa economica<sup>99</sup>, sacrificati pressoché integralmente sull'altare di esigenze di sistema, anche in spregio alle disposizioni che tutelano il risparmio.

La Corte, in un momento di crisi (non solo economica<sup>100</sup>), che ci pone dinnanzi ad un modello fortemente proiettato al mercato, pericolosamente incline a fagocitare i più basilari diritti di cittadinanza<sup>101</sup>, ha perso un'ulteriore occasione per affermare con forza un principio cardine del nostro ordinamento costituzionale: la preminenza dell'uomo sulla materia economica<sup>102</sup>.

---

(per supportare istituzioni finanziarie solvibili in crisi temporanea di liquidità. In dottrina, di recente: M. CLARICH, *Sostegno pubblico alle banche e aiuti di Stato*, in *Giur. comm.*, 2017, 5, p. 702.

<sup>97</sup> Sfera di autonomia tutelata dalla stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. C. cost. 15 febbraio 1980 n. 20, in *Giur. cost.*, 1980, 171; conf. C. cost. 6 febbraio 1991 n. 51, in *Giur. cost.*, 1991, 388; C. cost. 8 febbraio 1991 n. 63, in *Giur. cost.*, 1991, 455 (con nota di Niccolai).

<sup>98</sup> Cfr. C. cost. 3 giugno 1970 n. 78, in *Giur. cost.*, 1970, 1037; conf. C. cost. 17 ottobre 1985 n. 231, in *Foro it.*, 1985, I, 2829; C. cost. 14 aprile 1988 n. 446, in *Foro it.*, 1990, I, 2706.

<sup>99</sup> Per la cui accurata ricostruzione, in chiave pubblicistica, si rinvia all'autorevole opinione di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

<sup>100</sup> Cfr. A. M. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 2017, 1, p. 16; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 2014, 1, p. 79; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta online*, 2012, p. 21.

<sup>101</sup> Si pensi, in particolare, alle esternazioni recentemente attribuite al commissario UE Gunther Oettinger (come riportate da un suo intervistatore), secondo cui “i mercati insegneranno agli italiani a votare nel modo giusto” (in *Secolo d'Italia*, Roma, 29 maggio 2018).

<sup>102</sup> In tal senso, cfr. L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963, p. 1083.