

N° 4/2018

Rivista di DIRITTO SOCIETARIO

RDS



Rivista di **DIRITTO**
SOCIETARIO

**Interno, Internazionale
Comunitario e Comparato**

Rivista trimestrale - 4/2018



G. Giappichelli Editore – Torino



Interno, Internazionale
Comunitario e Comparato

4/2018

www.rivistadirittosocietario.it

Il portale web garantisce un costante aggiornamento su tutte le evoluzioni del diritto societario

Consta di due sezioni:

Area “pubblica” (accessibile ad ogni visitatore)

Area “riservata” (accessibile agli abbonati)



Interno, Internazionale Comunitario e Comparato

Direttori:

Niccolò Abriani, Massimo Benedettelli, Vincenzo Cariello, Luca Enriques, Giuseppe Ferri jr, Gianvito Giannelli, Fabrizio Guerrera, Giuseppe Guizzi, Marco Lamandini, Roberto Pennisi, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Duccio Regoli, Giuseppe A. Rescio, Daniele U. Santosuosso, Lorenzo Stanghellini, Umberto Tombari

Rivista trimestrale - 4/2018



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - La Direzione
Registrazione presso il Tribunale di Torino, 30 aprile 2007, n. 53

G. Giappichelli Editore - 10124 Torino
via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111 - Fax 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISSN 1972-9243

Stampatore: Stampatre s.r.l., di A. Rinaudo, G. Rolle, A. Volponi & C., via Bologna 220, 10123 Torino.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Comitato scientifico

Pietro Abbadessa, Carlo Angelici, Sergio M. Carbone, Brian Cheffins, Giovanni E. Colombo, Giorgio Costantino, Renzo Costi, Vincenzo Di Cataldo, José M. Embid Irujo, Sabino Fortunato, Jesse Fried, Agostino Gambino, Mathias Habersack, Mario Libertini, Riccardo Luzzatto, Alberto Mazzoni, Paolo Montalenti, Alessandro Nigro, Angel Rojo, Niccolò Salanitro, Giuliana Scognamiglio, Antonio Serra, Paolo Spada, Antonio Tizzano, Roberto Weigmann, Jaap Winter

Comitato dei Referees

Francesco Barachini, Eugenio Barcellona, Federico Briolini, Concetto Costa, Francesco D'Alessandro, Carlo Ibba, Elisabetta Loffredo, Pietro Masi, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Aurelio Mirone, Michele Mozzarelli, Francesco Munari, Gianmaria Palmieri, Andrea Perrone, Vincenzo Pinto, Serenella Rossi, Pier Paolo Sanfilippo, Giuseppe Santoni, Marco Speranzin, Daniele Vattermoli, Andrea Vicari, Ruggero Vigo

Redazione di Bari

Responsabile:

Gianvito Giannelli (ordinario di diritto commerciale), via Melo da Bari n. 198, 70121 Bari, tel. 080/523.55.83 - fax 080/524.54.39, e-mail: gianvitogiannelli@studiogiannelli.com

Componenti: Francesco Belviso; Monica Bruno; Claudio Burani; Rosella Calderazzi; Stelio Campanale; Eustachio Cardinale; Franco Cassano; Michele Castellano; Daniela Caterino; Vincenzo Chionna; Francesco Costantino; Domenico Dalfino; Gabriele Dell'Atti; Vittorio Dell'Atti; Annamaria Dentamaro; Anna De Simone; Massimo Di Rienzo; Barbara Francone; Cira Grippa; Michele Labriola; Eda Lofoco; Daniela Longo; Giuseppe Losappio; Serenella Luchena; Giuseppe Miccolis; Michele Monteleone; Vito Mormando; Cinzia Motti; Anna Lucia Muserra; Ugo Patroni Griffi; Giuseppina Pellegrino; Francesco Petrerà; Barbara Polisenò; Emma Sabatelli; Franco Scannicchio; Giuseppe Trisorio Liuzzi; Francesca Vessia

Redazione di Bologna

Responsabili:

Marco Lamandini (ordinario di diritto commerciale), Strada Maggiore n. 47, 40125 Bologna, tel. 051-30.05.03 - fax 051/30.30.04; e-mail: marcolamandini@forschung.it

Federico Tassinari (notaio), via Galliera n. 8, 40121 (Bologna), tel. 051/6566711 - fax 051/566885, e-mail: ftassinari.2@notariato.it

Componenti: Tommaso Bonetti; Rosa Castro Bernieri; Fiammetta Costa; Alberto De Prà; Claudia Desogus; Roberto Genco; Marco Maltoni; Emanuela Manzo; Francesco Mocci; Marco Montefameglio; Pierluigi Morara; Federico M. Mucciarelli; Giuseppe Piperata; Alessandro Pomelli; Antonio Preto; Ettore Rocchi; Lorenzo Sasso; Ilan Steiner; Elena Tradii; Carmen Vitale

Redazione di Catania

Responsabile:

Roberto Pennisi (ordinario di diritto dell'economia), c/o Facoltà di Giurisprudenza, via Gallo n. 24, 95124 Catania, tel. 095/230393 - fax 095/230456 - e-mail: rpennisi@lex.unict.it

Componenti: Pietro Currò; Nicola De Luca; Anna Genovese; Enrico Macrì; Renato Mangano; Aurelio Mirone; Benedetto Paternò di Raddusa; Michele Perrino; Carlo Saggio; Pierpaolo Sanfilippo; Mariano Sciacca

Redazione di Messina-Cosenza

Responsabili:

Fabrizio Guerrera (ordinario di diritto commerciale), via G. Veneziani n. 23, 98122 Messina, tel. e fax 090/6409536 e-mail: fguerrera@tiscali.it

Pierpaolo Marano (associato di diritto commerciale), via Guglielmo Tocci n. 2/B, 87100 Cosenza, tel. 0984/492212 fax 0984/492288 e-mail: maranop@unical.it

Componenti: Federica Allegritti; Maria Carmela Andricciola; Giuseppe Cava; Cosimo D'Arrigo; Luigi De Santis; Maura Garcea; Giuseppe Giunta; Rocco Guglielmo; Anna Maria Giampaolino; Dario Latella; Beatrice Magarò; Silverio Magno; Filadelfio Mancuso; Giuseppe Minutoli; Gianpiero Monteleone; Manuela Morrone; Roberta Notaro; Antonino Orifici; Amalia Macri Pellizzeri; Amedeo Valzer

Redazione di Firenze

Responsabili:

Niccolò Abriani (ordinario di diritto commerciale), Lorenzo Stanghellini (ordinario di diritto commerciale), Umberto Tombari (ordinario di diritto commerciale), piazza dell'Indipendenza, n. 21, 50129 Firenze, tel. 055/2347508 - fax 055/2001070 - e-mail: umberto.tombari@tcclaw.eu

Componenti: Francesco Barachini; Emilio Barucci; Lorenzo Benedetti; Serena Bitossi; Riccardo Cambi; Francesco D'Angelo; Anna De Pamphilis; Enrico De Schoenfeld; Ludovico Delle Vergini; Daniele Giovannelli; Fausto Giunta; Domenico Iaria; Carlo Imò; Philip Laroma Jezzi; Paola Lucarelli; Alessandro Luciano; Giampietro Malusà; Isabella Mariani; Alberto Marras; Gabriele Mazzotta; Sergio Menchini; Alessandro Nerdi; Ilaria Pagni; Massimo Palazzo; Leonardo Quagliotti; Andrea Simoncini; Jacopo Sodi; Lorenzo Stanghellini; Francesco Terrusi

Redazione di Milano-Ferrara

Responsabili:

Massimo Benedettelli (ordinario di diritto internazionale), via Alberto da Giussano, n. 15, 20145 Milano, tel. 02/84254810 - e-mail: massimo.benedettelli@arblit.com

Vincenzo Cariello (ordinario di diritto commerciale), via Verdi n. 2, 20121 Milano, tel. 02/72.157.477 - fax 02/72.157.224 - e-mail vincenzo.cariello@chiomenti.net

Duccio Regoli (ordinario di diritto commerciale), via Manzoni n. 12, 20121 Milano, tel. 02/760.25.707 - fax 02/760.25.734-38 - e-mail: regoli@mazzonieassociati.it

Giuseppe A. Rescio (ordinario di diritto commerciale), c.so Italia n. 8, 20122 Milano, tel. 02/72010991 - fax 02/72001562, e-mail: grescio@notariato.it

Componenti: Valentina Allotti; Filippo Annunziata; Rocco Antonini; Peter Agstner; Matteo Baz-zani; Enrico Bazzano; PierDanilo Beltrami; Piergiuseppe Biandrino; Luca Boggio; Ilaria Capelli; Michele Centonze; Angelo Cerulo; Antonio Cetra; Alessandro Chieffi; Marco Cian; Filippo Corsini; Eugenio Dalmotto; Filippo Danovi; Luca Della Tommasina; Edoardo d'Ippolito; Marco D'Orazi; Marco Ferrari; Francesca Fieconi; Claudio Frigeni; Manlio Frigo; Luigi Fumagalli; Paolo Giudici; Marcello Giuliano; Michelangelo Granato; Gianluca Grea; Edoardo Grossule; Carlo Lanfranchi; Antonio Leandro; Carlo Marchetti; Fabio Marelli; Massimo Marinelli; Lucio Menestrina; Michele Mengoni; Elena Merlin; Paolo Mondini; Michele Monti; Chiara Mosca; Michele Mozzarelli; Guido Mucciarelli; Alessandro Munari; Francesco Munari; Gian Giacomo Peruzzo; Alberto Picciau; Giusy Pizzolante; Alberto Ronco; Valeria Salamina; Rinaldo Sali; Serenella Rossi; Paolo Sfameni; Marco Speranzin; Piergiuseppe Spolaore; Andrea Tina; Andrea Tucci; Amedeo Valzer; Silvia Vanoni; Marco Ventoruzzo; Andrea Vicari; Gabriele Villa

Redazione di Napoli-Campobasso

Responsabile:

Paolo Piscitello (ordinario di diritto commerciale), via Andrea D'Isernia, n. 2; 80122 Napoli, tel. 081/667499 - fax 081/663389 - e-mail: paolo.piscitello@studiopiscitello.it

Componenti: Federico Briolini; Francesco Brizzi; Grazia Maria Buta; Mario Campobasso; Stanislao De Matteis; Oreste De Nicola; Emanuela Fusco; Paolo Ghionni; Mercedes Guarini; Marcello Iacobellis; Gabriella Iermano; Gianpaolo La Sala; Carlo Limatola; Ubalda Macri; Gianmaria Palmieri; Luca Pisani; Fabio Rastrelli; Massimo Rubino De Ritis; Renato Santagata De Castro; Giuseppe Satriano

Redazione Nord-Est

Responsabile:

Marco Speranzin (ordinario di diritto commerciale), via VIII febbraio; 35122 Padova, tel. 0434/27973 - e-mail: marco.speranzin@unipd.it

Componenti: Peter Agstner; Massimo Bianca; Maurizio Bianchini; Marco Cian; Francesco Corazza; Maurizio De Acutis; Giuliana Martina; Linda Miotto; Carlotta Rinaldo; Claudia Sandei; Marco Verbano; Alessandra Zanardo

Redazione di Roma

Responsabili:

Giuseppe Ferri jr (ordinario di diritto commerciale), Giuseppe Guizzi (ordinario di diritto commerciale), Daniele U. Santosuosso (ordinario di diritto commerciale), via G.G. Porro n. 15, 00197 Roma, tel. 06/80.693.749 fax 06/80.88.655 - e-mail: d.santosuosso@studiosantosuosso.it

Componenti: Simone Alvaro; Gianluca Bertolotti; Margherita Bianchini; Fabio Bonomo; Vincenzo Caridi; Ignazio Cerasa; Fabrizio Clemente; Vincenzo De Sensi; Agostino Di Febo; Alessandro di Majo; Fabrizio Di Marzio; Giovanni Figà Talamanca; Lorenza Furguele; Guglielmo Garri; Carlo F. Giampaolino; Andrea Guaccero; Marco Lacchini; Enrico Laghi; Donatella La Licata; Antonio Leozappa; Katrin Martucci; Bernardo Massella; Marco Maugeri; Loredana Nazzone; Andrea Niutta; Marcella Panucci; Luciano Panzani; Filippo Parrella; Federico Pernazza; Salvatore Providenti; Nicola Riccardelli; Guido Romano; Massimo Rossi; Luigi Salamone; Luciano Santone; Antonio Sarcina; Maurizio Sciuto; Laura Schiuma; Stefania Serafini; Daniele Stanzone; Raffaele Torino; Antonello Trillò; Marco Vannucci; Daniele Vattermoli

Redazione di Torino

Responsabili:

Paolo Reviglione (ordinario di diritto commerciale e notaio), via della Consolata, n. 1/bis, 10122 Torino, tel. 011/52.14.770 - fax 011/52.14.447, e-mail: previglione@notariato.it

Mario Barbuto, già Presidente della Corte d'Appello di Torino; email: mariobarbuto@alice.it

Componenti: Eugenio Barcellona; Gaia Benessia; Pietro Boero; Claudia Burlando; Antonio D'Addario; Roberta Dotta; Andrea Grosso; Andrea Lanciani; Massimo Macchia; Davide Maero; Marino Perassi; Paolo Rainelli; Paolo Reviglione; Alessandra Rossi; Roberto Russo; Riccardo Ventura; Raffaele Zucca

**La pubblicazione di ogni scritto è subordinata alla valutazione positiva di blind referees
La Rivista si cita RDS**

Direttore responsabile:

Daniele U. Santosuosso, via G.G. Porro, 15 – 00197 Roma, e-mail: d.santosuosso@studiosantosuosso.it

Responsabile del sistema di blind referees:

Giuseppe Rescio, c.so Italia, 8 – 20122 Milano, e-mail: grescio@notariato.it

Segreteria di redazione: segreteria@studiosantosuosso.it

Amministrazione: presso la casa editrice G. Giappichelli, via Po 21 – 10124 Torino

Il sistema di *blind referees*

Il Responsabile del sistema di *blind referees* trasmette ciascun contributo, che abbia superato il vaglio della Direzione, ad uno dei componenti del comitato *referees*, anche in relazione alle sue specifiche competenze. Il *referee*, che riceve il contributo in versione anonima, trasmette al Responsabile, entro trenta giorni, una scheda con la valutazione motivata del lavoro, comprensiva di note di commento, che si conclude con l'indicazione positiva (pubblicabilità), negativa (non pubblicabilità), o positiva con riserva (pubblicabilità in caso di adeguamento ai suggerimenti del *referee*). La scheda viene senza indugio inviata all'Autore. Se la valutazione è negativa il contributo non verrà pubblicato. Se la valutazione è positiva con riserva la Direzione valuta l'adeguatezza del contributo alle indicazioni del *referee* entro trenta giorni dal ricevimento del contributo corretto.

Indice

pag.

Parte I

Saggi

Vincenzo Di Cataldo, Serenella Rossi, Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza 745

Luigia Macchiarulo, Società *in house*: il controllo analogo tramite patti parasociali o altri accordi 783

Enrico Rino Restelli, Esclusione e limitazione del diritto d'opzione nella prospettiva del rapporto di investimento 828

Parte II

Giurisprudenza

Daniele U. Santosuosso, Il principio generale di stabilità del sistema finanziario (nazionale e) della zona euro. La prima volta della Corte costituzionale (a proposito di trasformazione e recesso dalle banche popolari) (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5383 del 2 dicembre 2016 – Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5277 del 15 dicembre 2016 – Corte costituzionale, sentenza n. 99 del 15 maggio 2018 – Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 6129 del 26 ottobre 2018) 857

Emanuele Stabile, La libertà di stabilimento e l'autorizzazione delle operazioni straordinarie nel caso Euro Park Service. Profili civilistici e fiscali (nota a Corte di Giustizia, I Sezione, 8 marzo 2017, causa C-14/16) 894

Parte III**Osservatori**

Sez. I – Osservatorio sulla giurisprudenza straniera, a cura di Marco Speranzin	
<i>Alessandra Zanardo</i> , Limiti al <i>right to information</i> degli amministratori di una <i>corporation</i> nella giurisprudenza del Delaware (Nota a Court of Chancery of the State of Delaware, In re CBS Corporation Litigation, Consol. C.A. No. 2018-0342-AGB July 9, 2018-July 13, 2018)	913
Sez. II – Osservatorio di diritto comparato	
<i>Maria Lucia Passador</i> , Lineamenti di un'analisi comparata sul voto di lista: alla ricerca del ruolo della minoranza	935
Sez. III – Osservatorio di diritto dell'UE	
<i>Diego Valiante</i> , Il <i>crowdfunding</i> e la nuova proposta di regolamento UE	959
Sez. IV – Osservatorio di diritto della crisi e dell'insolvenza	
<i>Federica Innocenti</i> , Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto	971
Sez. V – Osservatorio sul diritto industriale	
<i>Alessandro Tomei</i> , Profili di diritto societario e principali criticità in tema di licenze d'uso di <i>software</i>	1005
Sez. VI – Osservatorio sulla giurisprudenza del Tribunale di Milano, a cura di Rocco Antonini, Luca Della Tommasina, Edoardo d'Ippolito, Marco Ferrari, Marcello Giuliano	1033
Sez. VII – Osservatorio sulla giurisprudenza del Tribunale di Roma, a cura di Ignazio Cerasa, Marco Mercuri, Emanuele Stabile, Antonio Trillò	1037
Sez. VIII – Osservatorio sulla giurisprudenza del Tribunale di Palermo, a cura di Valeria Miceli, Giordano Bua, Ignazio Gucciardo, Maria Vittoria Zannitti	1043
Indice dell'annata	1053
Guida per l'Autore	1059

Parte II

Giurisprudenza

- *Daniele U. Santosuosso*, Il principio generale di stabilità del sistema finanziario (nazionale e) della zona euro. La prima volta della Corte costituzionale (a proposito di trasformazione e recesso dalle banche popolari) (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5383 del 2 dicembre 2016 – Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 5277 del 15 dicembre 2016 – Corte costituzionale, sentenza n. 99 del 15 maggio 2018 – Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza n. 6129 del 26 ottobre 2018).
- *Emanuele Stabile*, La libertà di stabilimento e l'autorizzazione delle operazioni straordinarie nel caso Euro Park Service. Profili civilistici e fiscali (nota a Corte di Giustizia, I Sezione, 8 marzo 2017, causa C-14/16)

CONSIGLIO DI STATO, Sezione VI, ordinanza n. 5383 del 2 dicembre 2016, Roberto Giovagnoli, *Consigliere estensore*

Banca, credito e risparmio – Banca popolare – Recesso dei soci – Legge 24 marzo 2015, n. 33 – Rimborso – Differimento o limitazione – Circolare della Banca d’Italia n. 285/2013 – Sospensione per questioni di legittimità costituzionale

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) riunisce gli appelli in epigrafe, e – nelle more della decisione sulla questione di legittimità costituzionalità che si solleva con separata ordinanza – accoglie interinalmente, in parte, l’istanza cautelare e, per l’effetto, sospende parzialmente, con le sentenze appellate, l’efficacia dell’impugnata circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – (Fascicolo “Disposizioni di Vigilanza per le banche”), 9° aggiornamento del giugno 2015, relativamente alle seguenti parti: 1) il paragrafo 2 (Regime di prima applicazione), limitatamente agli ultimi due capoversi (da “Operazioni nella specie” fino a “nella forma dell’influenza dominante”); 2) il paragrafo 3 (Modifiche statutarie delle banche popolari), quinto capoverso, prima alinea, limitatamente alle parole: “limitare o”; “e senza limiti di tempo”; “anche in deroga a disposizioni del codice civile e ad altre norme di legge e”; “e sulla misura della limitazione”; 3) la Parte III, Capitolo 4, Sezione III (“Rimborso degli strumenti di capitale”), “1. Limiti al rimborso di strumenti di capitale”, integralmente per tutto il relativo testo, ma nei limiti in cui tale Sezione III sia da applicarsi alle vicende conseguenti alle trasformazioni delle banche popolari in società per azioni in conseguenza delle suindicate norme del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge 24 marzo 2015, n. 33. Rinvia per l’ulteriore trattazione della presente fase cautelare incidentale ad una camera di consiglio da fissarsi all’esito della pronuncia della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate con separata ordinanza. (1)

(omissis)

Rilevato che con separata ordinanza, deliberata all’esito di questa stessa camera di consiglio, il Collegio solleva questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33, per i seguenti profili (salvo altri):

a) nella parte in cui prevede che, disposta dall’assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto pre-

visto 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 e con previsione di un interesse corrispettivo;

b) nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d’Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito “anche in deroga a norme

di legge”, con conseguente attribuzione all’Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge;

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

Ritenuto, inoltre, che la circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, appare affetta – almeno a livello di *fumus boni iuris* – anche da ulteriori vizi propri, laddove:

A) attribuisce agli organi della stessa società interessata dal recesso (e quindi, in sostanza, allo stesso soggetto debitore del rimborso spettante al socio che recede) il potere di decidere l’esclusione del rimborso medesimo, finendo in tal modo per creare una irragionevole situazione di conflitto di interesse, nella quale il debitore è paradossalmente fatto arbitro delle sorti del diritto al rimborso della quota vantato dal socio creditore, il quale intenda recedere per effetto e in diretta dipendenza della delibera di trasformazione societaria;

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

C) dispone che “non saranno ritenute in linea con la riforma operazioni da cui risulti la detenzione, da parte della società holding riveniente dalla ex “popolare”, di una partecipazione totalitaria o maggioritaria nella s.p.a. bancaria o, comunque, tale da rendere possibile l’esercizio del

controllo nella forma dell’influenza dominante”, atteso che la predetta limitazione risulta priva di base legislativa e appare, oltre che non necessaria per realizzare le finalità della riforma, foriera di un’irragionevole disparità di trattamento tra i soci delle ex popolari (privati della possibilità di esercitare il controllo) e ogni altro soggetto che partecipi al capitale azionario (cui, invece, tale possibilità resta riconosciuta);

Spese necessariamente al definitivo, stante il carattere bifasico della presente pronuncia cautelare;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) riunisce gli appelli in epigrafe, e – nelle more della decisione sulla questione di legittimità costituzionalità che si solleva con separata ordinanza – accoglie interinalmente, in parte, l’istanza cautelare e, per l’effetto, sospende parzialmente, con le sentenze appellate, l’efficacia dell’impugnata circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – (Fascicolo “Disposizioni di Vigilanza per le banche”), 9° aggiornamento del giugno 2015, relativamente alle seguenti parti:

1) il paragrafo 2 (Regime di prima applicazione), limitatamente agli ultimi due capoversi (da “Operazioni nella specie” fino a “nella forma dell’influenza dominante”);

2) il paragrafo 3 (Modifiche statutarie delle banche popolari), quinto capoverso, prima alinea, limitatamente alle parole: “limitare o”; “e senza limiti di tempo”; “anche in deroga a disposizioni del codice civile e ad altre norme di legge e”; “e sulla misura della limitazione”;

3) la Parte III, Capitolo 4, Sezione III (“Rimborso degli strumenti di capitale”), “1. Limiti al rimborso di strumenti di capitale”, integralmente per tutto il relativo testo, ma nei limiti in cui tale Sezione III sia da applicarsi alle vicende conseguenti alle trasformazioni delle banche popolari in società per azioni in conseguenza delle suindicate norme del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge 24 marzo 2015, n. 33.

Rinvia per l’ulteriore trattazione della presente fase cautelare incidentale ad una camera di consiglio da fissarsi all’esito della pronuncia della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate con separata ordinanza.

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, ordinanza, n. 5277 del 15 dicembre 2016, Roberto Giovagnoli, *Consigliere estensore*

Banca, credito e risparmio – Banca popolare – Recesso dei soci – Legge 24 marzo 2015, n. 33 – Rimborso – Differimento o limitazione – Circolare della Banca d’Italia n. 285/2013 – Questioni di legittimità costituzionale – Rilevanza e fondatezza

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di tale ultima legge – 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’articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall’assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell’art. 29, 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. (Solleva questione di legittimità costituzionale). (2)

(omissis)
13. Come già anticipato nell’ordinanza cautelare n. 5383/2016, il Collegio ritiene che la questione di costituzionalità dell’art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2015, n. 33 sia, almeno sotto i profili che di seguito si specificheranno e svilupperanno, rilevante e non manifestamente infondata.

(omissis)
19. I passi salienti della riforma delle Banche popolari introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, per quanto qui interessa, sono costituiti dalle disposizioni di seguito riportate:
“1. Al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 28, dopo il comma 2-bis, è aggiunto il seguente:

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

b) all'articolo 29:

1) dopo il comma 2, sono inseriti i seguenti:

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

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

2-quater. La B.D. detta disposizioni di attuazione del presente articolo."

(Omissis)

20. Gli atti impugnati derivano dall'esercizio del potere attuativo attribuito alla B.D. dal comma 2-quater del nuovo art. 29 del T.U.B.

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

22. I ricorrenti deducono l'incostituzionalità dell'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 sotto diversi profili che possono essere così sintetizzati:

I. Violazione dell'art. 77 Cost. per carenza dei

presupposti di necessità ed urgenza del decreto legge, che sarebbe palesata dalla natura di riforma ordinamentale e di sistema della nuova normativa, nonché dal fatto che, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 15 comma III L. n. 400 del 1988, la norma non conterrebbe disposizioni di immediata applicazione, prevedendo, invece, che la disciplina di dettaglio sia fissata da provvedimenti della B.D.. Inoltre, le disposizioni in parola si inscrivono in un decreto legge che regola materie eterogenee tra di loro, non riconducibili, in tesi, a matrice razionalmente unitaria.

II. Violazione degli articoli 70, 76 e 77 primo comma Cost. per violazione del principio di gerarchia delle fonti, con specifico riferimento all'art. 1 comma I lettera a) del decreto legge, che ha introdotto nell'art. 28 TUB il nuovo comma 2-ter, in forza del quale la B.D. assumerebbe un "potere in bianco" di adottare norme regolamentari derogative della legge senza che sia stato predeterminato il novero delle disposizioni legislative suscettibili di deroga, specie in relazione al potere di rimborso limitato al socio recedente. Il vizio sussisterebbe anche ove si considerasse attuata una delegificazione, non essendo individuate le norme primarie abrogande.

III. Violazione degli articoli 3, 41, 42 e 45 e 117 Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU sulla protezione della proprietà ed agli articoli 16 e 17 della Carta fondamentale della UE con riguardo alla tutela della proprietà ed alla libertà di iniziativa economica e del legittimo affidamento, sotto i profili che possono essere riassunti come segue:

a) apposizione di un limite dimensionale (capitale sociale inferiore a 8 miliardi di Euro) per l'esercizio dell'attività bancaria in forma cooperativa di "banca popolare" e limiti al rimborso della quota a seguito di recesso in caso di trasformazione in s.p.a., che costituirebbero una forma di espropriazione dei beni dei soci recedenti (nella nozione intesa dalla Corte EDU, che comprende anche i crediti);

b) violazione del principio di legalità, inteso, come fa la CEDU, nel senso dell'esistenza di una norma di legge sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile alla base dell'intervento, che avrebbe natura sostanzialmente espropriativa;

c) insussistenza di una causa di pubblica utilità dell'intervento espropriativo, prevista dall'art. 1 del I Protocollo addizionale CEDU, anche perché sarebbe infondato, e comunque contestato in dottrina, il noto assunto – da cui muove la riforma

ma – secondo cui oggi le banche popolari non avrebbero più sostanza di cooperative, conservandone solo la forma societaria, e che le banche a voto capitario si produrrebbero in performances peggiori di quelle organizzate secondo lo schema ordinario di società per azioni;

d) violazione del principio di proporzionalità e di quello di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost., con il connesso diritto di auto-organizzazione dei singoli, anche in forma cooperativa (art. 45 Cost.);

e) indeterminazione della delega conferita alla B.D. e della limitazione del diritto al rimborso per i recedenti, con conseguente sproporzione e mancanza di equilibrio tra pubblico interesse ed esigenze del singolo;

f) incompatibilità con gli articoli 16 e 17 della Carta dei Diritti fondamentali della UE (Carta di Nizza), ancora con riferimento alla limitazione sine die (o addirittura all'esclusione) del rimborso delle quote in caso di recesso, senza che ve ne sia ragione di pubblico interesse;

g) lesione dell'art. 41 Cost. e della libertà di iniziativa economica, sempre in relazione alla indeterminazione dei poteri regolamentari della B.D. in materia;

h) ancora violazione della libertà imprenditoriale, ma per effetto della modifica dell'art. 31 del TUB, che, adesso, invece di demandare agli statuti il quorum deliberativo per le trasformazioni da banca in forma cooperativa a società per azioni o per le relative fusioni, detta, esso stesso, le maggioranze necessarie, molto ridotte rispetto a quanto l'art. 2545-decies c.c. dispone per le s.p.a. ordinarie, con conseguente spoliazione dei soci della potestà di auto-organizzarsi sotto questo profilo;

(...)

VI. Violazione dell'art. 3 della Costituzione per violazione del principio di eguaglianza e della riserva di legge, in relazione alla limitazione del diritto di rimborso in caso di recesso, in cui incorrerebbe il nuovo articolo 28 comma 2-ter del TUB, anche nella parte in cui non differenzia la posizione assunta dal socio che recede a seguito di trasformazione rispetto a quella del socio che si avvale del diritto di ordinario recesso, non connesso all'ipotesi di trasformazione da banca popolare a s.p.a. bancaria;

VII. Violazione dell'art. 23 Cost., sempre in relazione alla limitazione del diritto al rimborso in caso di recesso, che costituirebbe una prestazione patrimoniale imposta, e che, come tale, sog-

giacerebbe a riserva di legge relativa, e che dunque non sopporterebbe un potere amministrativo di fissazione o di delegazione normativa "in bianco" (nella specie, alla B.D.);

(omissis)

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

(omissis)

Per concludere sul punto, il Collegio – pur opinando che potrebbe essere sopravvenuta una sanatoria, sebbene con effetti solo ex nunc, dell'originaria carenza dei presupposti legittimanti la decretazione d'urgenza ex art. 77 Cost. per effetto della legge di conversione del decreto – ritiene, comunque, di dover sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 per originario (e manifesto) difetto dei presupposti ex art. 77 Cost.; ovvero, secondo altra prospettazione dogmatica, della relativa legge di conversione n. 33/2015, per avere quest'ultima convertito in legge il predetto decreto pur nell'evidente difetto dei prefati presupposti essenziali: e ciò appunto in quanto detti profili di illegittimità costituzionale non risultano manifestamente infondati, ove la Corte costituzionale non ritenga di aderire alla tesi della sanatoria sopravvenuta (pur se solo ex nunc) di cui si è già ampiamente detto.

(omissis)

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

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

a) prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazioni eserciti il

recesso sia limitato (con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non solo differito entro limiti temporali predeterminati per legge;

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

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

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

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

L’art. 1, primo paragrafo, del Protocollo n. (...), testualmente dispone: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”.

31. Va ricordato che nella giurisprudenza della Corte EDU la nozione di proprietà ha assunto portata e significato autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati contraenti, con

la conseguenza che è irrilevante che il richiedente sia o meno titolare di un diritto di proprietà secondo l’ordinamento interno; ai fini dell’invoce della tutela è, infatti, sufficiente che il soggetto richiedente sia titolare di un qualsiasi diritto, ovvero anche di un mero interesse, purché avente valenza patrimoniale

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

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

Pertanto, in assenza di una espressa definizione, in seno all’art. 1 Protocollo n. (...), dei limiti di applicazione della tutela ivi prevista, ma in conformità con l’interpretazione autonoma del concetto di “bene”, nell’ambito del quale viene incluso, come sopra ricordato, tutto ciò che abbia un valore economicamente valutabile, la Corte ha nel tempo sempre più esteso il campo di applicazione della disposizione, ricomprendendovi non solo la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, tra gli altri: la proprietà intellettuale (Smith Kline and French Laboratories LTd c. Paesi Bassi, n. 12633/87, 4 ottobre 1990, par. 70); il diritto alla sfruttamento di una concessione amministrativa (Fredin c. Svezia, n. 12033/86, 18 febbraio 1991); i diritti di credito (Tre Traktorer Aktiebolag c. Svezia, 7 luglio 1989; Raffineries Grecques Strane t Stratis Andreadis c. Grecia, n. 13427/87, 9 dicembre 1994, par. 61, Kotov c. Russia, n. 54522/00, 3 aprile 2012; De Luca c. Italia, n. 43870/04, 24

settembre 2013); i diritti ereditari (Inze c. Austria, 8695/79, 28 ottobre 1987); l'avviamento commerciale e la clientela di uno studio professionale (Van Marle e altri c. Paesi Bassi, ricc. n. 8543/79, 8674/79, 8675/79 e 8685/79, 26 giugno 1986); i crediti da lavoro, e, per quello che più rileva in questa sede, le quote di società (Sovtransavto Holding c. Ucraina, 48553/99, 25 luglio 2002, in cui la Corte afferma che "le partecipazioni societarie detenute dalla ricorrente hanno indubbiamente un valore economico e costituiscono "proprietà", ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. (...)"

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

33. Nel caso di specie, la disciplina legislativa introdotta dall'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, prevede, da un lato, l'obbligo per le banche popolari di trasformazione in società per azioni (in alternativa agli obblighi di liquidazione o di dismissione di parte delle attività) in caso di superamento della soglia degli otto miliardi di Euro di attivo patrimoniale; e, dall'altro lato, la possibilità (demandata, come si vedrà infra, al potere regolamentare della B.D., esercitabile peraltro anche in deroga alle norme di legge) di escludere in tutto o in parte, o di rinviare senza limiti di tempo e senza alcun corrispettivo compensatorio, il diritto al rimborso del socio che, in conseguenza di tale trasformazione, abbia esercitato il diritto al recesso.

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

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

Per altro verso, la limitazione totale o parziale del diritto al rimborso incide sui diritti patrimoniali del socio, ponendolo di fronte ad un'alternativa tra due opzioni entrambe penalizzanti: accettare il nuovo status di socio "ridimensionato" per effetto della deliberata trasformazione in

società per azioni, ovvero recedere; con il concretissimo rischio però di perdere, in tutto o in parte, la quota versata e subendo così una definita perdita patrimoniale (senza alcun corrispettivo o indennità).

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

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

La trasformazione (imposta dal legislatore al di sopra della soglia degli otto miliardi di Euro di attivo patrimoniale, sia pure con la previsione di obblighi alternativi in capo alla banca popolare) modifica in senso peggiorativo il contenuto della partecipazione sociale e, quindi, alla luce della nozione sostanziale di proprietà di cui prima si è detto, riduce il contenuto del diritto di proprietà spettante al socio.

Il socio, tuttavia, non ha la garanzia di ottenere il rimborso della quota, nel caso cui ritenga di rinunciare, con il recesso, alla diversa e diminuita "forma di proprietà" derivante dalla trasformazione (imposta ex lege) della banca popolare da società cooperativa in società per azioni.

In base alla norma censurata, pertanto, il socio può essere privato di un "bene" che gli appartiene (lo status di socio di società cooperativa, con i connessi diritti), senza avere la garanzia del diritto al rimborso (e, quindi, in sostanza all'indennizzo) nel caso in cui legittimamente ritenga di non accettare il diverso "bene" (lo status di socio in società per azioni) che deriva dalla trasformazione.

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

bilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza delle banche”.

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

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

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

Ed è, altresì, altrettanto vero che il bilanciamento tra tali opposti interessi è rimesso, in linea di principio, alla discrezionalità del legislatore.

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

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

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

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

con la previsione di un interesse corrispettivo correlato al ritardato rimborso della quota.

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

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

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

Invero, il fatto che, anche in situazioni come quella appena descritta, il legislatore consenta il sacrificio totale dell'interesse patrimoniale dei soci recedenti è il sintomo di come, nel bilanciamento degli interessi, la norma sia andata oltre a quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria.

Ciò anche in base alla considerazione che appare in sé non rispettosa dei principi della sana e prudente gestione un'attività bancaria svolta da un'impresa che, come nell'esempio sopra richiamato, non sia ritenuta in grado, neanche nel futuro (ma entro un tempo dato), di ripristinare il capitale di qualità primaria senza ricorrere alle quote di capitale degli ex soci recedenti in conseguenza della trasformazione.

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

zionalità del legislatore) e salva la corresponsione di un interesse corrispettivo.

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

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

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

La disposizione del Regolamento che si occupa dei limiti al rimborso degli strumenti di capitale è l'art. 10, il quale prevede alternativamente la possibilità sia di rinviare il diritto al rimborso sia di escluderlo (in tutto o in parte). In particolare, l'art. 10, paragrafo 2, dispone testualmente 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".

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

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

L'esclusione del diritto al rimborso per il diritto dell'Unione non è, dunque, un obbligo, ma una

facoltà, consentita in alternativa al differimento temporale.

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

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

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

39. L'art. 1 D.L. n. 3 del 2015 presenta ulteriori dubbi di legittimità costituzionale altresì nella parte in cui attribuisce alla B.D. il potere di disciplinare le modalità dell'esclusione del diritto al rimborso, giacché detto potere viene attribuito "anche in deroga a norme di legge": con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione "in bianco", senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge.

Nel nostro ordinamento il regolamento di delegificazione è espressamente previsto dall'art. 17, comma 2, L. 23 agosto 1988, n. 400, con attribuzione del relativo potere al Governo.

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

40. Nel caso oggetto del presente giudizio, invece, tali garanzie risultano mancanti, in quanto il legislatore si limita ad attribuire un potere di

delegificazione in bianco, senza prevedere alcuna modalità procedimentale, senza dettare alcun principio o norma regolatrice cui attenersi nell'adozione dei regolamenti, e senza individuare le norme primarie suscettibili di essere abrogate.

41. La previsione di un così ampio potere di delegificazione in capo alla B.D. solleva dubbi di legittimità costituzionale sotto diversi profili.

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

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

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

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

In quest'ottica, la previsione di un così ampio potere delegificante (e, quindi, della possibilità di dettare regole che si sostituiscono a quelle previste del legislatore) risulta in contrasto con le ra-

gioni che normalmente giustificano la previsione di poteri normativi in capo alle Autorità indipendenti.

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

Risultano, quindi, non manifestamente infondati i dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti e della rappresentatività istituzionale (quale desumibile dagli articoli 1, 95 e 97 Cost.) l'affidamento (ancorché per legge) ad un'autorità priva di legittimazione democratica (nel senso di direttamente o indirettamente promanante dalla sovranità popolare, ex art. 1 Cost.) del compito di limitare il diritto al rimborso in caso di recesso per mezzo dell'adozione di un atto atipico e asistemico, abilitato, in bianco, a derogare alle norme legislative vigenti.

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

43. I dubbi di costituzionalità sono rafforzati dalla considerazione che tale potere regolamentare atipico con effetto delegificante è attribuito in materie che appaiono coperte da riserva di legge ai sensi degli articoli 23 e 42 Cost..

L'esclusione del diritto al rimborso che si demanda alla regolamentazione della B.D. si traduce, invero, in una prestazione patrimoniale imposta al socio recedente, rispetto alla quale la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. preclude una delegificazione regolamentare di così ampia portata.

Le considerazioni già svolte in merito all'interferenza tra l'esclusione del diritto al rimborso e la

tutela della proprietà privata consentono, infine, di richiamare, ad ulteriore supporto dei dubbi di costituzionalità, la riserva di legge prevista dall'articolo 42 Cost. e dall'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo addizionale n. (...) alla CEDU.

È appena il caso di aggiungere che le riserve di legge previste dalla citate norme costituzionali non sembrerebbero, invece, precludere che la legge, previa fissazione di un limite temporale predeterminato e di un tasso di interesse indennitario minimo, demandi ad una fonte di rango secondario (o eventualmente anche al potere regolatorio della B.D.) l'individuazione o la specificazione, sotto il profilo eminentemente tecnico, dei presupposti economici, finanziari o patrimoniali, che possono concretamente giustificare il differimento del diritto al rimborso della quota del socio recedente.

In presenza, invero, di una disciplina legislativa puntuale, che preveda il termine massimo del differimento e l'interesse da corrispondere per il ritardo, la successiva concreta individuazione delle situazioni economiche, finanziarie o patrimoniali che rendono possibile il differimento del diritto al rimborso si traduce in un'attività quasi amministrativa, o al più di specificazione, in chiave meramente tecnica, dei presupposti di legge.

44. Alla luce delle considerazioni che precedono appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di quest'ultima, nei sensi indicati nella superiore motivazione – 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 (ove non ritenuta sanata, seppure soltanto ex nunc, dalla legge di conversione);

b) per contrasto con gli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. (...) alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche

con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati 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 B.D. 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.

45. Ai sensi dell'art. 23, secondo comma, della L. 11 marzo 1953, n. 87, il presente giudizio davanti al Consiglio di Stato è sospeso fino alla definizione dell'incidente di costituzionalità.

46. Ai sensi dell'art. 23, quarto comma, della L. 11 marzo 1953, n. 87, la presente ordinanza sarà comunicata alle parti costituite e notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

P.Q.M.

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

a) per contrasto con l'art. 77, 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'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. (...) alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti tem-

porali 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 B.D. 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 legislati-

ve che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.

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

Ordina che, a cura della segreteria, la presente ordinanza sia comunicata alle parti costituite e notificata al Presidente del Consiglio dei Ministri, nonché comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

– III –

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n. 99 del 15 maggio 2018, Lattanzi, *Presidente*, Daria de Pretis, *Redattore*

Banca, credito e risparmio – Banca popolare – Recesso dei soci – Legge 24 marzo 2015, n. 33 – Rimborso – Differimento o limitazione – Circolare della Banca d’Italia n. 285/2013 – Questioni di legittimità costituzionale – Infondatezza

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2015, n. 33, sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, secondo comma, 95, 97 e 117, primo comma, 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), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848. La riforma con d.l. della disciplina delle banche popolari, nella parte in cui limita il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione in s.p.a. o di esclusione del socio, è avvenuta in osservanza del requisito della straordinaria necessità e urgenza di provvedere, la cui valutazione non è affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà, realizzando un intervento settoriale e specifico, non assimilabile dunque a un atto definibile come riforma di sistema. (3)

(omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – Il Consiglio di Stato dubita sotto vari profili della legittimità costituzionale dell’art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il si-

stema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella L. 24 marzo 2015, n. 33, norma che riforma la disciplina delle banche popolari.

Le questioni sono sorte nella fase cautelare del giudizio in cui sono stati riuniti gli appelli propo-

sti contro tre sentenze del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, rese in processi aventi ad oggetto atti emessi dalla B.D. in seguito alle modificazioni apportate dal citato art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 agli artt. 28 e 29 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, recante "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" (t.u. bancario).

Più precisamente, davanti al giudice amministrativo era stato impugnato – da soci di varie banche popolari e da due associazioni di consumatori, con l'intervento in giudizio di una terza associazione – il provvedimento della B.D. denominato "9 aggiornamento del 9 giugno 2015", pubblicato l'11 giugno 2015 nel "Bollettino di Vigilanza n. 6, giugno 2015", che apporta modifiche alla circolare della B.D. n. 285 del 17 dicembre 2013 (Disposizioni di vigilanza per le banche), introducendo nella Parte Terza di tale circolare il Capitolo 4, intitolato "Banche in forma cooperativa". Secondo quanto riportato nelle sue premesse, il provvedimento "... dà attuazione alla riforma delle banche popolari introdotta con le modifiche al Capo V, Sezione I del TUB apportate dal D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con L. 24 marzo 2015, n. 33". Esso definisce, per quello che qui interessa, i criteri, le modalità e i limiti al rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale nel caso di recesso, in applicazione dell'art. 1, comma 1, lettera a), del D.L. n. 3 del 2015, che ha aggiunto all'art. 28 t.u. bancario il comma 2-ter, secondo il quale "nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla B.D., anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la B.D. può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi".

Nel giudizio erano altresì impugnati gli atti preparatori di tale provvedimento, ossia il "Documento per la consultazione" intitolato "Disposizioni di vigilanza – Banche popolari", pubblicato nel sito web della B.D. il 9 aprile 2015, nonché il "Resoconto della consultazione" e la "Relazione sull'analisi d'impatto" della regolamentazione, pubblicato nel sito web della B.D. contestualmente al "9 aggiornamento".

Il TAR Lazio aveva escluso la legittimazione al ricorso delle due associazioni di consumatori, nonché la legittimazione all'intervento dell'altra

associazione e aveva respinto nel merito i ricorsi proposti dai soci delle banche.

Adito per la riforma delle sentenze di primo grado con preliminare istanza di sospensione, il Consiglio di Stato ha riunito gli appelli e sospeso interinalmente l'efficacia del provvedimento impugnato, per alcune sue parti, sino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte di questa Corte. Con successiva ordinanza ha quindi sollevato le questioni oggetto del presente giudizio costituzionale.

(omissis)

4. – Nel merito, il rimettente dubita innanzitutto che l'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 violi l'art. 77, secondo comma, della Costituzione, "in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza (ove non ritenuta sanata, seppure soltanto ex nunc, dalla legge di conversione)".

(omissis)

4.2. – Nel merito, la questione sollevata in riferimento all'art. 77, secondo comma, Cost. non è fondata.

Con la sentenza n. 287 del 2016, questa Corte ha dichiarato non fondata un'identica questione promossa in via principale dalla Regione Lombardia, che aveva impugnato l'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 anche per la mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza, sulla base di argomentazioni in gran parte analoghe a quelle offerte in questa sede. Nella sentenza si ricorda innanzitutto che, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, "... il sindacato sulla legittimità dell'adozione, da parte del Governo, di un decreto-legge va limitato ai casi di evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione (ex plurimis, sentenze n. 133 del 2016, n. 10 del 2015, n. 22 del 2012, n. 93 del 2011, n. 355 e n. 83 del 2010, n. 128 del 2008, n. 171 del 2007)". E si prosegue affermando che le ragioni giustificative espone nel preambolo del D.L. n. 3 del 2015 (dove si fa riferimento alla straordinaria necessità e urgenza di avviare il processo di adeguamento del sistema bancario agli indirizzi Europei) e le diffuse considerazioni svolte nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione (dove sono menzionate anche le forti sollecitazioni del Fondo monetario internazionale e dell'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione eco-

nomica a trasformare le banche popolari maggiori in società per azioni), "... che collegano le esigenze di rafforzamento patrimoniale, di competitività e di sicurezza delle banche popolari, sia all'adeguamento del sistema bancario nazionale a indirizzi Europei e di organismi internazionali, sia ai noti e deleteri effetti sull'erogazione creditizia della crisi economica e finanziaria in atto, escludono che si sia in presenza di evidente carenza del requisito della straordinaria necessità e urgenza di provvedere", così come "escludono che la valutazione del requisito sia affetta da manifesta irragionevolezza o arbitrarietà".

Anche per quanto riguarda la natura di riforma di sistema della normativa impugnata, che ne impedirebbe l'adozione con decreto-legge, si devono richiamare le conclusioni della citata sentenza n. 287 del 2016, secondo cui la normativa in esame "non presenta una portata così ampia da caratterizzarsi come vera e propria riforma del sistema bancario", poiché, "per quanto essa incida significativamente su un particolare tipo di azienda di credito, resta pur sempre un intervento settoriale e specifico, non assimilabile dunque a un atto definibile come riforma di sistema".

Secondo il rimettente, inoltre, la sussistenza dei presupposti della decretazione d'urgenza sarebbe da escludere in quanto l'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015 contiene norme non auto-applicative, come il nuovo comma 2-ter dell'art. 28 t.u. bancario, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera a), e il nuovo comma 2-quater dell'art. 29 t.u. bancario, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), la cui attuazione è affidata alla B.D..

Nemmeno questo rilievo può essere accolto. La presenza, nel contesto della normativa introdotta, di talune disposizioni non auto-applicative, che richiedono per tale motivo norme di attuazione, non fa venir meno l'urgenza di avviare ex lege il processo di trasformazione delle banche popolari di maggiori dimensioni o di stabilire la regola generale sulla possibilità di prevedere limiti al rimborso delle azioni in caso di recesso del socio, con disposizioni destinate quindi a operare immediatamente.

Alcune parti private (appellanti nel processo principale) offrono a sostegno della censura l'ulteriore argomento della diversità e dell'eterogeneità degli ambiti materiali di intervento del D.L. n. 3 del 2015, al cui interno si potrebbero rinvenire norme dal più disparato contenuto. Anche sul punto specifico questa Corte ha già avuto modo di osservare che "l'eterogeneità non

sussiste, poiché tutte le misure contemplate nella normativa oggetto di impugnazione possono essere ricondotte al comune obiettivo di sostegno dei finanziamenti alle imprese, ostacolati dalla straordinarietà della crisi economica e finanziaria in atto" (sentenza n. 287 del 2016).

Non essendovi ragioni per discostarsi da tale recente pronuncia, per questo come per gli altri aspetti esaminati, si deve concludere per l'infondatezza della questione.

5. – In secondo luogo, il rimettente dubita della legittimità dell'art. 1 del d.l. n. 3 del 2015 "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 D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo" per il ritardo nel rimborso.

(omissis)

5.2. – Passando al merito delle questioni sollevate, è necessario individuare preliminarmente il senso della norma censurata. A tale fine occorre fare riferimento alla normativa dell'Unione Europea sui requisiti prudenziali delle banche, costituita dal regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, nonché dal 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.

Tale normativa pone al centro del sistema della disciplina prudenziale i "fondi propri" quali strumenti di assorbimento delle perdite potenziali. I requisiti patrimoniali minimi di ciascun ente creditizio sono fissati da coefficienti che esprimono il rapporto percentuale tra i fondi propri delle banche e l'ammontare complessivo dell'esposizione al rischio. L'insufficienza, a questi fini, dei fondi propri impone all'ente creditizio interventi di ricapitalizzazione in tempi brevi, pena il verificarsi dei presupposti per la sua risoluzione. È quindi particolarmente importante che

le banche, quale che sia il modello organizzativo adottato, possano rispondere prontamente a esigenze di rafforzamento patrimoniale e di capitalizzazione, e che la normativa assicuri questa possibilità.

Secondo il regolamento (UE) n. 575/2013, il "capitale" è un elemento dei fondi propri che tutti gli enti creditizi devono possedere nel rispetto dei requisiti minimi, a fini prudenziali. Esso è suddiviso nelle due categorie del "capitale di classe 1" e del "capitale di classe 2", al cui interno operano ulteriori suddivisioni. In particolare, in base all'art. 25 del regolamento (UE) n. 575/2013, il capitale di classe 1 è composto dal "capitale primario di classe 1" e dal "capitale aggiuntivo di classe 1". Gli elementi del capitale primario di classe 1 sono definiti dall'art. 26 dello stesso regolamento, che alla lettera a) del paragrafo 1 contempla gli "... strumenti di capitale, purché siano soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29".

Ai sensi del successivo art. 29, gli strumenti di capitale emessi da banche aventi la forma di società mutue e cooperative (quali sono le banche popolari), enti di risparmio ed enti analoghi sono considerati strumenti del capitale primario di classe 1 se sono soddisfatte, oltre a tutte le condizioni di cui all'art. 28 (previste per le altre banche), anche le ulteriori condizioni così descritte al paragrafo 2: "... a) ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale applicabile, l'ente può rifiutare il rimborso degli strumenti; b) se la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti, le disposizioni che governano gli strumenti autorizzano l'ente a limitare il rimborso ...".

Se tali condizioni non sono soddisfatte, le azioni di una società esercente l'attività bancaria, che costituiscono i tipici "strumenti di capitale" della società stessa, non possono essere computate nel capitale primario di classe 1 ai fini del rispetto dei requisiti patrimoniali minimi. È chiara in questo senso la previsione dell'art. 30 del regolamento (UE) n. 575/2013, secondo cui "quando le condizioni di cui all'articolo 28 o, ove applicabile, all'articolo 29 non sono più soddisfatte, ... lo strumento in questione cessa immediatamente di essere considerato strumento del capitale primario di classe 1" e "i sovrapprezzi di emissione relativi a tale strumento cessano immediatamente di essere considerati elementi del capitale primario di classe 1".

Nella materia rilevano anche gli artt. 77 e 78

del regolamento (UE) n. 575/2013, che subordinano comunque il riacquisto integrale o parziale ovvero il rimborso, anche anticipato, degli strumenti di capitale primario di classe 1, di capitale aggiuntivo di classe 1 e di capitale di classe 2, all'autorizzazione dell'autorità di vigilanza competente, che accerta il rispetto di determinate condizioni per ridurre i fondi propri. L'art. 78, paragrafo 3, stabilisce poi che, se il rifiuto di rimborso degli strumenti di capitale primario di classe 1 è proibito dalla norma nazionale applicabile, l'autorità competente può derogare a tali condizioni purché "l'autorità competente imponga all'ente, su una base appropriata, di limitare il rimborso di tali strumenti".

5.2.1. – Nella disciplina del codice civile, il recesso del socio determina lo scioglimento del rapporto sociale limitatamente al recedente e fa sorgere a suo favore un credito nei confronti della società avente ad oggetto il valore della partecipazione (art. 2437-ter, primo comma, cod. civ. per la società per azioni; art. 2473, terzo comma, cod. civ. per la società a responsabilità limitata; art. 2519 cod. civ. per la società cooperativa, che richiama in generale le disposizioni sulla società per azioni). I procedimenti di liquidazione del valore della partecipazione mutano a seconda del tipo sociale ma vale per tutte le società il divieto di rifiutare unilateralmente il rimborso. Il rifiuto equivarrebbe all'inadempimento dell'obbligazione restitutoria derivante dal recesso.

La normativa italiana vieta dunque a una banca cooperativa di rifiutare il rimborso delle azioni in caso di recesso del socio. Di conseguenza, non ricorrendo nella normativa nazionale la condizione (la previsione del rifiuto del rimborso) indicata dall'art. 29, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (UE) n. 575/2013, ai fini prudenziali perseguiti dalla normativa Europea deve essere soddisfatta l'alternativa condizione prevista dalla lettera b), del citato art. 29, paragrafo 2, ossia che "le disposizioni che governano gli strumenti autorizzano l'ente a limitare il rimborso".

Nel dettare le "disposizioni che governano gli strumenti", tuttavia, il legislatore nazionale non è libero di conformare discrezionalmente i limiti del rimborso, poiché la materia è disciplinata inderogabilmente dalle norme tecniche del regolamento delegato (UE) n. 241/2014, adottato al fine di integrare le previsioni del regolamento (UE) n. 575/2013, ai sensi dell'art. 29, paragrafo 6, di quest'ultimo. Ne è confermata la previsione dell'art. 11, paragrafo 2, del citato regolamento

delegato, secondo cui, “se gli strumenti sono regolati dalla normativa nazionale ..., 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”.

5.2.2. – Più precisamente, l’art. 10, paragrafo 2, del regolamento delegato prevede 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, anche per un periodo illimitato”, e aggiunge che “l’ente è in grado di rinviare il rimborso o di limitare l’importo rimborsabile per un periodo illimitato in conformità al paragrafo 3”.

L’espressione “sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l’importo rimborsabile” deve essere interpretata nel senso del valore coordinativo-aggiuntivo, e non disgiuntivo, della coppia “sia ... che”, come è confermato – in maniera non equivocabile – dalla versione inglese del testo normativo: “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”. E come è ulteriormente confermato dal Considerando n. 10 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014, dove si legge che “... laddove il rifiuto al rimborso degli strumenti sia proibito ai sensi della normativa nazionale applicabile per queste tipologie di enti id est per le società mutue, società cooperative, enti di risparmio o enti analoghi, 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”.

Quanto appena osservato sul significato, secondo questa Corte inequivoco, della citata disciplina Europea porta a escludere che ricorrano i presupposti per il rinvio pregiudiziale che alcune parti hanno chiesto, in via subordinata, di proporre alla Corte di giustizia dell’Unione Europea ai sensi dell’art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea (TFUE), come modificato dall’art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla L. 2 agosto 2008, n. 130. Il rinvio, infatti, “...

non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente ... e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (ex plurimis, Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa C-28-30/62, Da Costa; Corte costituzionale, ordinanza n. 103 del 2008)” (ex plurimis, ordinanza n. 2 del 2017).

5.2.3. – Il presupposto interpretativo da cui muove il giudice a quo per sollevare le questioni, prospettando l’esistenza di una fattispecie espropriativa senza indennizzo, è dunque errato: le regole prudenziali dell’Unione Europea non lasciano al legislatore nazionale alcuna facoltà di scelta tra le due presunte “opzioni” della limitazione quantitativa del rimborso e del suo rinvio, ma gli impongono di attribuire all’ente creditizio la “capacità” di adottare sia l’una che l’altra misura come condizione perché le azioni possano essere considerate strumenti del capitale primario di classe 1.

È opportuno precisare che l’unica “opzione” concessa dalla normativa Europea al legislatore nazionale si colloca su un altro piano e riguarda la scelta, da operare nell’ambito dell’alternativa prevista dall’art. 29 del regolamento (UE) n. 575/2013, tra il rifiuto del rimborso delle azioni e la limitazione al rimborso stesso. Rispetto a tale opzione, la norma censurata si conforma in effetti, secondo questa Corte, al criterio del minimo mezzo – non prevedendo la possibilità del rifiuto e invece – introducendo lo strumento della limitazione del rimborso sulla base della situazione prudenziale della banca.

Al legislatore nazionale non può dunque essere addebitato di avere illegittimamente sacrificato l’interesse del socio recedente, “andando oltre a quanto strettamente necessario per tutelare l’interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell’attività bancaria” nel bilanciare gli opposti interessi in gioco.

Una normativa nazionale che, allo scopo di assicurare la computabilità delle azioni nel capitale primario di classe 1 delle banche popolari che si trasformino in società per azioni, consentisse alle banche stesse, come auspica il rimettente, solo di rinviare a tempo determinato il rimborso delle loro azioni in caso di recesso, assegnerebbe alle azioni di quelle banche un contenuto difforme da quello minimo definito a livello Europeo ai fini della loro computabilità nella corrispondente classe di fondi propri. Non solo: la previsione di interessi compensativi del ritardo, anch’essa auspicata dal giudice a quo, imporrebbe addirittura

di considerare le stesse azioni come strumenti di debito anziché di capitale, secondo la disciplina contabile sulla classificazione del patrimonio netto richiamata dall'art. 28, paragrafo 1, lettera c), punto ii), del regolamento (UE) n. 575/2013, con la conseguenza di escluderne radicalmente la computabilità dal capitale.

In ogni caso, il divieto di computo opererebbe anche se la limitazione del rimborso fosse legislativamente circoscritta al rinvio puro e semplice, senza predeterminazione di durata e di misure compensative, poiché tale soluzione escluderebbe comunque la "capacità" della banca di limitare il rimborso in altro modo, mediante una riduzione del quantum, come prescrivono le regole prudenziali Europee.

Si deve quindi concludere che l'art. 28, comma 2-ter, del t.u. bancario introdotto dalla disposizione censurata impone la limitazione, nei modi indicati, del diritto al rimborso delle azioni per assicurare il rispetto dei requisiti prudenziali applicabili alle banche popolari, ovvero, come si esprime la stessa disposizione, per assicurare "la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca" in conformità con la normativa Europea in materia, mentre la previsione che, secondo il rimettente, sarebbe idonea a evitare l'effetto espropriativo denunciato, bilanciando a suo dire correttamente gli interessi in gioco, si porrebbe in contrasto con quella normativa, o, meglio, si presenterebbe contraria alla sua propria ratio, giacché finirebbe per impedire – anziché consentire, secondo la sua funzione – la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca.

(omissis)

5.2.5. – In conclusione, non c'è dubbio che l'attuazione delle regole Europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse, e soprattutto che, quanto alla definizione dei limiti da apporre al rimborso delle azioni nel caso di recesso per trasformazione della società, il legislatore non gode di alcuna discrezionalità, essendo vincolato a prevedere che alla banca che intenda computare le proprie azioni nel capitale primario di classe 1 devono essere attribuite entrambe le facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo.

5.3. – Ciò considerato in linea generale sulla portata della normativa Europea in tema di computabilità degli strumenti di capitale e sulla sua

attuazione nell'ordinamento nazionale, si può passare a considerare il profilo della censura che mette in relazione la limitazione del rimborso alla trasformazione delle banche popolari ex art. 29, comma 2-ter, del t.u. bancario, introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera b), del D.L. n. 3 del 2015.

Si deve preliminarmente osservare che il rimettente non avanza specifiche censure sulla disposizione che prevede l'obbligo di trasformazione delle banche popolari nel caso di superamento della soglia di otto miliardi di attivo – ritiene anzi manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità sollevato sul punto dai ricorrenti nel giudizio a quo – e si limita a considerare la disposizione in quanto presupposto di applicabilità, insieme all'esercizio del recesso, del regime di rimborso delle azioni censurato. Ciò nondimeno, a suo giudizio il sacrificio del socio recedente assumerebbe in questo caso un carattere peculiare – essendo la modifica del contenuto dei diritti connessi alla qualità di socio delle banche popolari "sopra soglia" in una certa misura imposta dalla legge (in alternativa ad altre opzioni, come visto) – che dovrebbe condurre a ritenere il regime generale non applicabile alla fattispecie.

L'assunto non è condivisibile: una volta accertato che il legislatore è vincolato nella definizione delle condizioni poste dalla normativa Europea in funzione della computabilità degli strumenti di capitale, non vi sono ragioni per ritenere che esse possano essere derogate, in alcun caso. Tantomeno in fattispecie nelle quali, come già osservato, le esigenze sottese alle regole prudenziali si presentano particolarmente pressanti. Sicché, come in tutte le altre ipotesi di recesso, anche in questo caso il limite opera sempre come mezzo inderogabilmente previsto dalla disciplina prudenziale ai fini del rispetto dei requisiti patrimoniali della banca, senza che ad esso possa essere attribuita alcuna diversa valenza che ne comporti autonomi profili di illegittimità costituzionale, diversi da quelli che si sono sopra già ritenuti infondati.

5.4. – Le considerazioni fin qui svolte consentono di ritenere errato, per quanto ancora rilevasse, anche l'altro presupposto dal quale muove il rimettente, che equipara l'apposizione di un limite al rimborso all'esclusione del diritto, e quindi a una fattispecie espropriativa senza indennizzo. Il giudice a quo ritiene infatti che la facoltà di limitare o di differire il rimborso senza

limiti di tempo si traduca nella “esclusione” del diritto, vale a dire nella sua “perdita definitiva”, e determini inoltre l’inaccettabile conseguenza di permettere ai soci rimanenti di finanziare la continuazione dell’attività d’impresa con le risorse patrimoniali dei soci che hanno esercitato il recesso.

Al riguardo si deve osservare innanzitutto che, configurata in questi termini, la facoltà della banca di limitare il rimborso non si differenzerebbe dalla facoltà di rifiutare senz’altro il rimborso, alternativamente offerta, come visto, dalla disciplina comunitaria – art. 29, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (UE) n. 575/2013 – e scartata dal legislatore nazionale.

La soluzione adottata nella legislazione nazionale può, e deve, essere invece diversamente ricostruita con un’interpretazione della disciplina censurata che valorizzi l’inscindibile collegamento da essa operato – e che il giudice a quo trascura di considerare – tra la facoltà della banca di limitare il rimborso delle azioni e la sua situazione prudenziale. Tale collegamento è imposto in primo luogo dalla normativa Europea, che all’art. 10, paragrafo 3, del regolamento delegato (UE) n. 241/2014 prevede che “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 i seguenti elementi: a) la situazione complessiva dell’ente in termini di liquidità e di solvibilità; b) l’importo del capitale primario di classe 1 e del capitale totale rispetto all’importo complessivo dell’esposizione ...”. Esso è poi recepito, negli stessi termini, nella determinazione della B.D., ove si precisa che “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 ...” (Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III, punto 1, della circ. B.D. n. 285 del 2013, come modificata dal “9 aggiornamento del 9 giugno 2015”).

Letta sistematicamente e nella sua interezza, la disposizione prevede dunque sì che il rimborso possa essere limitato dalla banca (alla quale le disposizioni nazionali devono garantire tale facoltà,

con l’ampiezza descritta), ma solo se, nella misura e nello stretto tempo in cui ciò sia necessario per soddisfare le esigenze prudenziali. Essa impone così agli amministratori il dovere di verificare periodicamente la situazione prudenziale della banca e la permanenza delle condizioni che hanno imposto l’adozione delle misure limitative del rimborso e di provvedere ove esse siano venute meno. Più precisamente, nel caso di rinvio del rimborso, una volta che si sia accertato il venire meno degli elementi che hanno giustificato il differimento, il credito del recedente si deve considerare esigibile. La limitazione quantitativa, invece, deve condurre alla conservazione dei titoli non rimborsati in capo al recedente, che si vedrà in questo modo reintegrato nel suo status e nel valore patrimoniale della partecipazione.

L’effetto espropriativo paventato dal giudice a quo è così scongiurato, dal momento che il socio recedente non subisce alcuna perdita definitiva del valore delle azioni di cui sia limitato il rimborso. A ciò si aggiunga che la previsione legislativa dell’obbligo dell’organo di gestione strategica di tenere conto della situazione prudenziale della banca nell’adozione delle scelte di limitazione del rimborso del socio recedente comporta che la sua scelta debba essere motivata con riferimento alle descritte esigenze, con la conseguenza che l’operato della banca potrà essere sindacato in sede giudiziaria a tutela della posizione del socio.

Soffermandosi sull’ipotesi di un’impresa bancaria che continuasse a operare solo grazie al computo nel patrimonio di vigilanza delle azioni dei soci recedenti, il rimettente non considera che, in un caso di questo tipo, l’alternativa alla prospettata soluzione comporterebbe per gli stessi soci un sacrificio uguale se non probabilmente più grave. A fronte di un capitale di vigilanza insufficiente, infatti, troverebbero applicazione le misure di risoluzione (e, in caso di crisi non risolvibile, di liquidazione) della banca previste dalla direttiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento e che modifica la direttiva 82/891/CEE del Consiglio, e le 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 e i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 648/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio. Queste regole, caratterizzate dal

cosiddetto principio del bail-in, prevedono che la crisi di una banca debba essere risolta innanzitutto attraverso l'utilizzo di risorse interne alla stessa in funzione di risanamento delle perdite, a partire da quelle di pertinenza dei soci, che sarebbero i primi a rimanere esposti alle perdite: con la conseguenza che il diritto al rimborso sarebbe comunque soggetto a rilevanti, se non maggiori, limitazioni.

5.5. – Sulla base di quanto esposto con riferimento alle censure esaminate fin qui, è agevole escludere anche l'incompatibilità della norma denunciata con l'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU. La disciplina contestata rispetta infatti le condizioni alle quali, in base alla giurisprudenza della Corte EDU, l'ingerenza di un'autorità pubblica nel pacifico godimento di un bene è giudicata compatibile con la tutela convenzionale della proprietà, ossia che essa sia legittima, necessaria per la tutela di un interesse generale e proporzionata (ex plurimis, Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 17 novembre 2015, Preite contro Italia; sentenza 31 maggio 2011, Maggio contro Italia; sentenza 23 settembre 1982, S. e L. contro S.).

In primo luogo, essa risulta legittima: è infatti conforme alle condizioni richieste inderogabilmente dalle regole prudenziali Europee, che escludono fra l'altro, nello specifico, qualsivoglia discrezionalità del legislatore nazionale nella scelta delle misure appropriate per assicurare il loro rispetto. In secondo luogo, per le ragioni ampiamente esposte sopra, la disciplina appare necessaria al perseguimento dei superiori interessi pubblici alla stabilità del sistema bancario e finanziario e tanto più appare tale nel caso delle banche popolari nel quale il rischio di recessi in grande numero e di rimborsi conseguentemente di ampie dimensioni può mettere gravemente a repentaglio la stabilità delle banche interessate e, con esse, dell'intero sistema. La disposizione censurata risulta inoltre proporzionata al fine da realizzare, bilanciando in maniera non irragionevole le esigenze dell'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona, e ciò senza oneri individuali eccessivi (ex plurimis, Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 13 gennaio 2015, Vécony contro U.; sentenza 30 giugno 2005, Jahn e altri contro Germania; sentenza 5 gennaio 2000, B. contro Italia; sentenza 23 ottobre 1997, N. & P.B. Society, L.P.B. Society e Y. B. Society contro Regno Unito; sentenza 21 febbraio 1986, James e altri

contro Regno Unito; sentenza 23 settembre 1982, S. e L. contro S.), stante, come visto, l'obbligo degli enti creditizi di verificare costantemente la permanenza delle condizioni che richiedono l'intervento prudenziale e il loro vincolo a porre termine alle misure limitative nel momento in cui le esigenze che le hanno determinate cessino. Si può ricordare come, nella specifica materia bancaria, la Corte EDU abbia già avuto modo di affermare, ad esempio, che non è manifestamente priva di ragionevole fondamento – e quindi non contrasta con l'art. 1 del protocollo addizionale, nel cui ambito di protezione ricadono anche le azioni di società (Corte Europea dei diritti dell'uomo, sentenza 25 luglio 2002, S.H. contro Ucraina) – una misura che, allo scopo di proteggere un settore economico chiave come quello finanziario, nazionalizza una banca in crisi senza prevedere un indennizzo per gli azionisti (Corte Europea dei diritti dell'uomo, decisione 10 luglio 2012, Grainger e altri contro Regno Unito).

In conclusione, nemmeno le questioni sollevate in riferimento agli artt. 41, 42 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU, sono fondate.

(omissis)

6. – Infine, il rimettente dubita della legittimità della norma censurata “nella parte in cui, comunque, attribuisce alla B.D. il potere di disciplinare le modalità della esclusione” del diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso a seguito di trasformazione della società “anche in deroga a norme di legge”.

A suo avviso, l'art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, nella parte in cui attribuisce alla B.D. il potere di disciplinare le modalità dell'esclusione del diritto al rimborso, si porrebbe in contrasto con gli artt. 1, 3, 23, 42, 95 e 97 Cost.

(omissis)

6.1. – I vizi prospettati sono accomunati dalla medesima premessa ermeneutica: che la norma censurata abbia attribuito all'Istituto di vigilanza un “potere regolamentare atipico con effetto delegificante”. È su queste basi, infatti, che il rimettente contesta, nell'an, l'attribuzione del potere di delegificazione in capo a un'Autorità amministrativa indipendente dall'indirizzo politico del Governo e, nel quomodo, l'estensione del potere normativo così attribuito, senza previa fissazione delle norme generali regolatrici della materia e senza individuazione delle disposizioni legislative

di cui sarebbe consentita l'abrogazione da parte della fonte secondaria.

Ancora una volta, tuttavia, il presupposto interpretativo da cui muove il rimettente è erroneo: contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, 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 B.D. 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 B.D. – 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 B.D. 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 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.

6.2. – 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 rimessione, 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 B.D. 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.

P.Q.M.

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3 (Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti), convertito, con modificazioni, nella L. 24 marzo 2015, n. 33, sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, secondo comma, 95, 97 e 117, primo comma, 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), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con L. 4 agosto 1955, n. 848, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, ordinanza n. 6129 del 26 ottobre 2018, Italo Volpe, *Consigliere estensore*

Banca, credito e risparmio – Banca popolare – Obbligo di trasformazione in società per azioni – Recesso – Differimento o limitazione del rimborso – Normativa dell’Unione Europea – Valutazione della Corte di Giustizia UE – Rimessione

Viene rimessa alla valutazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea la questione se l’art. 29 del Regolamento UE n. 575/2013 CRR, l’art. 10 del Regolamento delegato n. 241/2014, gli artt. 16 e 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea, anche in riferimento all’art. 6, par. 4, del Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, ostino a una normativa nazionale, come quella introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3/2015, convertito con modificazioni dalla legge n. 33/2015 (e oggi anche art. 1, c. 15, D.Lgs. n. 72/2015, che ha sostituito l’art. 28, c. 2-ter, TUB, riproducendo sostanzialmente il testo dell’art. 1, c. 1, lett. a), del D.L. n. 3/2015, come convertito, con modifiche qui non rilevanti), che impone una soglia di attivo al di sopra della quale la banca popolare è obbligata a trasformarsi in società per azioni, fissando tale limite in 8 miliardi di attivo. Se, inoltre, i richiamati parametri euro unitari ostino a una normativa nazionale che, in caso di trasformazione della banca popolare in s.p.a., consente all’ente di differire o limitare, anche per un tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente. (4)

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO – MOTIVI
DELLA DECISIONE

(omissis)

15. Il Consiglio di Stato quindi, con ordinanza coeva a quella presente, ha ritenuto di dover promuovere il procedimento pregiudiziale con questa ordinanza, illustrando le ragioni per le quali, in quanto giudice di ultima istanza, non vi si sarebbe potuto sottrarre (ai sensi dell’articolo 267 TFUE, nonché alla luce delle raccomandazioni della stessa CGUE, pubblicate in GUUE del 20.7.2018, C 257/1, e del coerente articolo 2, comma 3-bis della legge nazionale n. 117/1998, recante disposizioni in materia di risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati) nonostante le difese contrarie (in particolare del-

la B., della Presidenza del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell’economia e delle finanze) ritenessero praticamente dilatori (e dunque inutili, a questo stadio del giudizio) i cinque quesiti, tenuto conto dell’esauriente valutazione, data dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2018, di piena legittimità sia dell’articolo 1 del D.L. n. 3 del 2015 sia delle connesse disposizioni attuative di cui al predetto aggiornamento della circolare della B..

16. Le questioni poste dai promotori dei quesiti ruotano, in pratica, intorno a tre perni argomentativi.

In primo luogo, a loro avviso, sarebbe sostanzialmente incongrua e priva di base giuridica, specie di rango sovranazionale, l’avvenuta fissazione in 8 miliardi di Euro della soglia di attivo al superamento della quale una banca popolare ita-

liana sarebbe costretta a sottomettersi ad una delle tre opzioni alternative date dalla riforma introdotta con il D.L. n. 3 del 2015, ossia trasformazione in società per azioni della banca popolare, riduzione del suo attivo al di sotto della predetta soglia di 8 miliardi di Euro, liquidazione.

Deducono le parti, in pratica, che tale soglia sarebbe eccessivamente esigua e che soglie di importo ben più elevato si sarebbero potute individuare, anche alla luce di quelle – per ragioni peraltro diverse – vevolevoli in ambito Europeo.

16.1. Il Consiglio di Stato non nasconde l'esistenza di possibili margini di perplessità in merito alla fondatezza dei contenuti di tale questione, reputando in ultima analisi adeguate le considerazioni espresse al riguardo dalla Corte Costituzionale, secondo la quale – in sintesi – l'individuazione di tale soglia sarebbe rientrata nelle libere potestà decisionali del Legislatore nazionale, tenuto conto dell'obiettivo ultimo che si era inteso perseguire – mediante la riforma attuata dall'articolo 1 del D.L. n. 3 del 2015 – con l'individuazione di siffatto, scriminante limite quantitativo: quello di abbracciare quante più significative (per volumi operativi) banche popolari nazionali nel progetto demolitorio delle loro tradizionali prerogative, soprattutto a livello di governance, onde assicurare all'opposto che la loro forma societaria divenisse più coerente con le dinamiche proprie del mercato di riferimento, ne garantisse una maggiore contendibilità e, inevitabilmente, ne promuovesse una maggiore trasparenza nell'organizzazione, nell'operatività e nella funzionalità.

16.2. Tuttavia il Consiglio di Stato non ha potuto fare a meno di rilevare la stretta interconnessione di tale questione con quella conseguente e più ancora rilevante, che ad essa si lega: ossia la questione dei limiti al rimborso al socio, che recedesse in occasione della trasformazione di una banca popolare in società per azioni, delle proprie azioni e degli eventuali altri suoi strumenti di capitale riferibili alla banca popolare ante trasformazione.

Tra le due questioni esiste un evidente nesso di reciproca correlazione e, per quanto si dirà, la disamina della seconda questione implica anche l'eventualità di un dubbio interpretativo in ordine alla legittimità stessa di un atto proprio dell'Unione. Aspetto tematico, quest'ultimo, rispetto al quale – quando lo stesso si ponga – un giudice nazionale, specie di ultima istanza, non risulta essere dotato, in pratica, di strumenti solutivi di-

versi dalla stessa promozione dell'incidente pregiudiziale.

17. Con il loro secondo quesito i relativi promotori dubitano che la soglia di attivo di 8 miliardi di Euro, scelta dal Legislatore nazionale quale parametro al superamento del quale una banca popolare nazionale è tenuta a scegliere tra una delle tre opzioni alternative innanzi dette, sia coerente con le norme Europee in materia di mercato interno e di libera circolazione di capitali.

Assumendosi come vero il complesso delle prerogative (che andrebbero ormai considerate superate, se non addirittura nocive, per un sano e prudente esercizio di attività bancaria, specie quando essa si espanda oltre un certo limite dimensionale), specie di governance, di cui godrebbe una banca popolare, si ritiene che l'introduzione in Italia di un valore-soglia così basso – al superamento del quale, in particolare, una di esse non potrebbe (per la sopravvivenza della sua attività bancaria) fare a meno di trasformarsi in società per azioni – finirebbe per determinare condizioni sfavorevoli alla persistente validità ed opportunità di un siffatto modello organizzativo (quello della banca popolare) dell'attività bancaria, ponendo quelle residue (contenute ormai in limiti dimensionali eccessivamente esigui) in posizioni deteriori rispetto ad altre analoghe (per forma) realtà aventi base in Paesi diversi dell'Unione.

17.1. Anche al riguardo il Consiglio di Stato non nasconde l'esistenza di possibili margini di perplessità in merito alla fondatezza della questione.

Specie perché, essendo l'obiettivo della riforma di cui al D.L. n. 3 del 2015 preordinato al raggiungimento di un corretto equilibrio tra forma giuridica e dimensione di una banca popolare, da un lato, e rispetto delle regole prudenziali di matrice Europea nell'esercizio della connessa attività bancaria, dall'altro lato, sarebbe stato probabilmente utile che i promotori del dubbio interpretativo offrirono, in termini di prova, una più tangibile dimostrazione che (riferito alle due ultime banche popolari riottose rispetto all'adeguamento alla riforma di cui al D.L. n. 3 del 2015 ovvero ad altre analoghe banche anche di dimensioni maggiori) l'assetto organizzativo e funzionale di una banca popolare, non più di esigua dimensione, non nuocesse, in alcun caso e sotto alcun profilo, ad un soddisfacente rispetto delle regole prudenziali di settore.

17.2. Tuttavia il Consiglio di Stato ritiene necessario che la Corte Europea si pronunci anche su tale aspetto per la stretta correlazione tematica sopra riportata e per consentire una decisione che valuti la questione nella sua interezza.

18. Col terzo quesito, poi, si dubita che la ricordata recente normativa nazionale, che impone la trasformazione della banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo, prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di suo recesso, per evitare la possibile liquidazione della banca trasformata, possa collidere con la normativa di fonte comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Ciò perché la garanzia a finalità prudenziale che discenderebbe dalla limitazione, anche in toto ed anche sine die, del rimborso del socio recedente avverrebbe con risorse economiche di privati (i soci) rese (coattivamente) disponibili per la banca popolare, non già con altre risorse sue proprie.

18.1. Al riguardo, in disparte il fatto che tali risorse non sono pubbliche (onde già di per sé potrebbe venire meno un importante indice sintomatico di un sospetto aiuto di Stato), si potrebbe dubitare della fondatezza del quesito altresì in rapporto ad un altro indice sintomatico, ossia quello della selettività della misura criticata.

Non pare esservi dubbio invero che, al di sopra della soglia-valore innanzi detta, qualunque banca popolare interessata dalla riforma di cui al D.L. n. 3 del 2015 è soggetta alla osteggiata disciplina limitativa.

18.2. Anche a tale proposito, però, è necessario rimettere integralmente alla CGUE il ventaglio censorio che è stato prospettato.

19. Il quarto ed il quinto quesito affrontano una medesima questione, seppure da angoli visuali e con prospettazioni diverse.

Da questa angolatura non risulta che la sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2018 abbia affrontato il tema.

19.1. Nel Regolamento delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014, che integra il regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti, l'articolo 10, in tema di limiti al rimborso di strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative, da enti di risparmio e da enti analoghi ai fini dell'articolo 29, paragrafo 2, lettera b), e dell'articolo 78, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 575/2013, recita così:

"1. Un ente può emettere strumenti di capitale primario di classe 1 con possibilità di rimborso soltanto qualora tale possibilità sia prevista dalla normativa nazionale applicabile.

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."

19.2. Vale ricordare, giacché testualmente ancor più significativo dal punto di vista sintattico, come segnalato dai promotori dei quesiti, che il paragrafo 2 del predetto articolo recita così (nella parte qui di maggior rilevanza):

"2. The ability of the institution to limit the redemption (...) shall encompass both the right to defer the redemption and the right to limit the amount to be redeemed. The institution shall be able to defer the redemption or limit the amount to be redeemed for an unlimited period of time pursuant to paragraph 3."

19.3. In proposito i promotori dei quesiti osservano che, invece, il contestato aggiornamento della circolare B. recita nel modo seguente:

"Rientrano nella categoria (...) le modifiche statutarie dirette a:

– introdurre in statuto la clausola che attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica, su proposta dell'organo con funzione di gestione, sentito l'organo con funzione di con-

trollo, la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale computabili nel CET1, anche in deroga a disposizioni del codice civile e ad altre norme di legge e ferme restando le autorizzazioni dell'autorità di vigilanza al rimborso degli strumenti di capitale, ove previste".

19.4. Ora, in disparte il fatto che il testo della circolare non riporta la segmentazione della frase in due autonomi, per quanto logicamente legati, periodi (un aspetto che, di per se stesso, può assumersi qui come marginale), ciò che più risulta contare è che:

- nel testo della circolare le parole "limitare" e "rinviare" sono invertite di posizione rispetto a quella che esse hanno nel testo della fonte sovranazionale;

- nel testo della circolare figurano due virgole, ai lati del frammento dell'espressione costituito dalle parole "in tutto o in parte e senza limiti di tempo", che non esistono invece nel testo della fonte sovranazionale e che, per come collocate nella circolare, possono effettivamente ingenerare il convincimento che detto frammento debba reputarsi riferito, indistintamente, sia al caso della 'limitazione' sia a quello del 'rinvio' (del rimborso delle azioni);

- nel testo della fonte sovranazionale sia il frazionamento della frase in due periodi sia, e soprattutto, la tecnica compositiva del secondo dei due, lì dove viene utilizzata una "o" con valenza disgiuntiva, conduce a poter ritenere che la possibilità della 'non limitazione temporale' valga esclusivamente per il caso della 'limitazione' (del rimborso delle azioni);

- nel testo della fonte sovranazionale non figurano affatto le parole 'in tutto o in parte' che invece, nella circolare, risultano con sufficiente certezza tali da legittimare una limitazione o rinvio (del rimborso delle azioni) anche assoluto (oltre che anche senza limiti di tempo). Una legittimazione che la citata sentenza della Corte Costituzionale, anzi, conferma.

Nella sostanza, dunque, coloro che propongono il procedimento pregiudiziale, sulla base delle considerazioni e constatazioni che precedono, hanno modo di affermare che il testo della circolare sia andato tangibilmente – ma illegittimamente – oltre il perimetro di quanto dettato dalla pertinente fonte sovranazionale. Ed hanno modo di aggiungere che, qualora invece si ritenesse che detto perimetro non fosse stato superato, allora

un problema di legittimità si porrebbe direttamente per la fonte sovranazionale, giacché essa, ove così intesa, giustificherebbe – nella materia e nei casi in discorso – una sostanziale esclusione del rimborso delle azioni senza il contemperamento di un contestuale indennizzo.

19.5. In relazione al tenore del contestato aggiornamento della circolare della B. la sentenza della Corte Costituzionale n. 99/2018 si esprime così:

"5.2.5.– In conclusione, non c'è dubbio che l'attuazione delle regole Europee nell'ordinamento interno è avvenuta in piena conformità ad esse, e soprattutto che, quanto alla definizione dei limiti da apporre al rimborso delle azioni nel caso di recesso per trasformazione della società, il legislatore non gode di alcuna discrezionalità, essendo vincolato a prevedere che alla banca che intenda computare le proprie azioni nel capitale primario di classe 1 devono essere attribuite entrambe le facoltà, di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l'importo."

Può osservarsi che in tale sentenza:

- le opzioni del 'rinvio' e della 'limitazione' (del rimborso al socio recedente) vengono legate tra loro da una "e" congiuntiva e non da una "o" disgiuntiva (come, invece, nella versione inglese del citato articolo 10 del Regolamento 241/2014);

- soprattutto la facoltà di disporre il vincolo 'per un periodo illimitato' è connessa all'opzione del 'rinvio' e non a quella della 'limitazione' (come, invece, nella predetta versione inglese);

- la facoltà della 'limitazione in tutto' dell'importo del rimborso viene data per scontata e legittima quando essa, invero, non risulta testualmente nel citato articolo del Regolamento 241/2014.

19.6. In questi termini il tema complessivo che viene posto all'attenzione mostra i tratti della sufficiente novità, anche perché connesso ad un atto nuovo quale è sicuramente l'aggiornamento della circolare della B. in contestazione, essa stessa strumento attuativo-applicativo di una fonte nuova, quale è il D.L. n. 3 del 2015.

Senza poi contare che, come detto, se fosse corretta la lettura interpretativa offerta dalla Corte Costituzionale, secondo la quale la predetta circolare deve reputarsi consona al dettato ed agli effetti della fonte sovranazionale, risulterebbe in tale prospettiva sia nuovo il dubbio di legittimità che riguarderebbe tale fonte sia delineato un tema (ossia, la legittimità di tale stessa fonte) la cui cognizione sarebbe naturaliter estranea al

potere valutativo di un giudice nazionale.

20. Per il complesso delle ragioni che precedono la Sezione ritiene, dunque, che le questioni prospettate siano tali da meritare il rinvio pregiudiziale alla CGUE, con la formulazione dei seguenti quesiti:

“a) se l’art. 29 del Regolamento UE n. 575/2013 CRR, l’art. 10 del Regolamento delegato n. 241/2014, gli artt. 16 e 17 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea, anche in riferimento all’artt. 6, 4, del Regolamento UE n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013, ostino a una normativa nazionale, come quella introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 33 del 2015 (e oggi anche art. 1, c. 15, D.Lgs. n. 72 del 2015, che ha sostituito l’art. 28, c. 2-ter, TUB, riproducendo sostanzialmente il testo dell’art. 1, c. 1, lett. a), del D.L. n. 3 del 2015, come convertito, con modifiche qui non rilevanti), che impone una soglia di attivo al di sopra della quale la banca popolare è obbligata a trasformarsi in società per azioni, fissando tale limite in 8 miliardi di attivo. Se, inoltre, i richiamati parametri Euro unitari ostino a una normativa nazionale che, in caso di trasformazione della banca popolare in s.p.a., consente all’ente di differire o limitare, anche per un tempo indeterminato, il rimborso delle azioni del socio recedente;

b) se gli artt. 3 e 63 e ss. TFUE in materia di concorrenza nel mercato interno e di libera circolazione di capitali, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 33 del 2015, che limita l’esercizio dell’attività bancaria in forma cooperativa entro un determinato limite di attivo, obbligando l’ente a trasformarsi in società per azioni in caso di superamento del predetto limite;

c) se gli artt. 107 e ss. TFUE in materia di aiuti di Stato, ostino a una normativa nazionale come quella introdotta dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 33 del 2015 (e oggi anche art. 1, c. 15, D.Lgs. n. 72 del 2015, che ha sostituito l’art. 28, c. 2-ter, TUB, riproducendo sostanzialmente il testo dell’art. 1, c. 1, lett. a), del D.L. n. 3 del 2015, come convertito, con modifiche qui non rilevanti), che impone la trasformazione della banca popolare in società per azioni in caso di superamento di una determinata soglia di attivo (fissata in 8 miliardi), prevedendo limitazioni al rimborso della quota del socio in caso di recesso, per evitare la

possibile liquidazione della banca trasformata;

d) se il combinato disposto dell’art. 29 del Regolamento UE n. 575/2013 e dell’art. 10 del Regolamento delegato UE n. 241/2014, ostino a una normativa nazionale, come quella prevista dall’art. 1 del D.L. n. 3 del 2015, convertito con modificazioni dalla L. n. 33 del 2015, per come interpretata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 99/2018, che consenta alla banca popolare di rinviare il rimborso per un periodo illimitato e di limitarne in tutto o in parte l’importo;

e) qualora in sede interpretativa la Corte di Giustizia assuma la compatibilità della normativa Eurounitaria con l’interpretazione prospettata dalle controparti, si chiede che la medesima Corte di Giustizia valuti la legittimità Europea dell’art. 10 del Regolamento delegato UE n. 241/2014 della Commissione, alla luce dell’art. 16 e dell’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (per cui: “ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale”), integrato, anche alla luce dell’art. 52, comma 3, della medesima Carta (per cui: “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”) e dalla giurisprudenza della CEDU sull’art. 1 del 1 protocollo addizionale alla CEDU.”.

(omissis)

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), non definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti in epigrafe, dispone, a cura della Segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con allegata la copia degli atti ivi pure indicati.

(1-4) Il principio generale di stabilità del sistema finanziario (nazionale e) della zona euro. La prima volta della Corte costituzionale (a proposito di trasformazione e recesso dalle banche popolari)

1. Il Caso. Le prime pronunzie del Consiglio di Stato

La prima ordinanza del Consiglio di Stato che qui si annota (la n. 5383/2016) decide su tre ricorsi in appello, contro altrettante sentenze del Tar del Lazio¹, proposti da parte di alcuni soci di banche popolari e associazioni di consumatori contro la Banca d'Italia, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero dell'economia e finanze, per impugnare (per nullità) la Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, "9° aggiornamento del 9 giugno 2015", nonché gli atti ad esso preliminari e preparatorii², tutti atti emessi dalla Banca d'Italia in seguito alle modificazioni apportate dall'art. 1 del d.l. n. 3/2015 (convertito nella legge 24 marzo 2015, n. 33) agli artt. 28 e 29 del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia" (t.u.b.).

Tali atti della Banca d'Italia erano stati impugnati in quanto incidenti direttamente

su prerogative relative allo *status* di socio di banca popolare prevedendo che le banche introducessero nello statuto clausole per le quali, una volta deliberata la trasformazione *ex lege* in società per azioni, il diritto al rimborso delle azioni del socio recedente può essere limitato *tout court* sino ad essere escluso o comunque differito senza limiti di tempo con modalità regolamentate dalla Banca di Italia "anche in deroga a norme di legge". Il Consiglio di Stato ha riunito gli appelli e sospeso interinalmente l'efficacia del provvedimento impugnato, per alcune sue parti, rinviando la trattazione della fase cautelare incidentale ad una camera di consiglio da fissarsi all'esito della pronunzia della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate (dispone l'ordinanza) con (seconda) separata ordinanza.

Con tale (seconda) ordinanza (n. 5277/2016) il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale della norma dell'art. 1 del d.l. n. 3/2015 per tre motivi: (i) violerebbe in primo luogo l'art. 77, 2° comma, Cost., "in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza (ove non ritenuta sanata, seppure soltanto *ex nunc*, dalla legge di conversione)", (ii) "nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità d[ella] esclusione" del diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso a seguito di trasformazione della società "anche in deroga a norme di legge" si porrebbe in contrasto con gli artt. 1, 3, 23, 42, 95 e 97 Cost. in quanto attribuirebbe un potere di delegificazione (in bianco) a un soggetto estraneo al circuito politico dei rapporti Parlamento-

¹ TAR Lazio, 7 giugno 2016, nn. 06540, 06544, 06548, tutte reperibili su www.giustizia-amministrativa.it, e, per quanto riguarda TAR Lazio, 7 giugno 2016, n. 06548, *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1578 ss., con nota di TOLA, "La trasformazione 'obbligatoria' delle banche popolari al vaglio di costituzionalità", ed in *Giur. comm.*, 2017, II, 86 ss., con nota di SALERNO, "La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari".

² E precisamente il "Documento per la consultazione" intitolato "Disposizioni di vigilanza - Banche popolari", pubblicato nel sito web della Banca d'Italia il 9 aprile 2015, nonché il "Resoconto della consultazione" e la "Relazione sull'analisi d'impatto" della regolamentazione, pubblicato nel sito web della Banca d'Italia contestualmente al "9° aggiornamento".

Governo, e dunque politicamente irresponsabile, difettando le ragioni del potere regolamentare delle Autorità indipendenti, incidendo il potere normativo in esame su materie non connotate da particolare “tecnicità o settorialità”; (iii), si porrebbe in contrasto con gli artt. 41 e 42 Cost. e art. 117 in relazione all’art. 1 Prot. Addizionale Cedu, per il quale ogni persona ha diritto al rispetto dei suoi “beni”, e non può esserne privato se non per pubblica utilità.

Le questioni nascenti da tale ultimo motivo saranno oggetto della presente nota.

Al riguardo il Consiglio di Stato cita una consolidata giurisprudenza Cedu che riconosce una tutela, indipendentemente dalla titolarità della proprietà secondo gli ordinamenti domestici, a qualsiasi diritto o interesse di valenza patrimoniale: così per la proprietà intellettuale o appunto le partecipazioni societarie e i crediti, come quelli al rimborso delle azioni in caso di recesso.

La disciplina impugnata per contro comporterebbe da un lato l’obbligo di trasformazione delle banche popolari da società cooperative a società per azioni in caso di superamento della soglia di otto miliardi di euro di attivo (ove non si opti per la riduzione dell’attivo o per la liquidazione della società), e dall’altro la possibilità di escludere in tutto o in parte o di rinviare indefinitamente e senza un “corrispettivo compensatorio” il diritto del socio recedente al rimborso delle azioni, modificando quindi in senso riduttivo i diritti (amministrativi e patrimoniali) dei soci, con “una sorta di esproprio senza indennizzo (o con indennizzo ingiustificatamente ridotto) della quota societaria”.

Né varrebbe, secondo la suprema corte amministrativa, contrapporre al rispetto dei “beni” come riflesso della tutela della proprietà un altro interesse pubblico di rilievo costituzionale e comunitario, quello alla sana e prudente gestione delle banche (per la tutela del credito e del risparmio) assicurando la computabilità delle azioni nel capi-

tale primario secondo la disciplina prudenziale. Per il Consiglio di Stato infatti il contrapposto interesse del socio recedente al rimborso delle azioni sarebbe irragionevolmente sacrificato al di là di quanto strettamente necessario per garantire un’adeguata tutela dell’interesse pubblico (in violazione del “principio del minimo mezzo”); irragionevolezza confermata dal fatto che il diritto al rimborso sarebbe ablatato anche per il caso in cui la banca fosse costantemente incapace di ripristinare il patrimonio di qualità primaria senza ricorrere alle quote non rimborsate, e continuasse di conseguenza a operare nel mercato solo grazie al capitale conferito dagli ex soci. Per il giudice *a quo* occorre invece, per un corretto bilanciamento degli interessi, che il diritto al rimborso non sia cancellato indefinitamente ma differito (opzione prevista dal Reg. UE n. 241/2014 della Commissione in alternativa alla esclusione) in limiti temporali predeterminati, e con la previsione di un corrispettivo (parametrato ai tassi di mercato).

In buona sostanza e per concludere il Consiglio di Stato ha rilevato come, sebbene la normativa interna possa essere considerata conforme a quella europea, il legislatore nazionale «a fronte di più ‘opzioni’ comunitariamente consentite ha l’obbligo di scegliere quella che meglio assicuri il rispetto dei principi costituzionali nazionali».

2. La sentenza n. 99/2018 della Corte costituzionale

Nel giudizio di legittimità costituzionale promosso dal Consiglio di Stato con l’ordinanza da ultimo illustrata la Corte costituzionale si è espressa con la sentenza n. 99, depositata il 15 maggio 2018. La Corte, con tale (ponderosa) sentenza, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1 del d.l. n. 3/2015 sollevate dal Consiglio di Stato, in riferimento agli artt. 1, 3, 23, 41, 42, 77, 2° comma, 95,

97 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 del protocollo addizionale Cedu.

Per i profili qui di interesse, il Giudice delle leggi muove dalla normativa dell'Unione europea sui requisiti prudenziali delle banche costituita dal regolamento (UE) n. 575/2013 (che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012), nonché dal regolamento delegato (UE) n. 241/2014 (che integra il regolamento (UE) n. 575/2013), che pone al centro del sistema i "fondi propri", tra cui il capitale, quali strumenti di assorbimento delle perdite potenziali. La Corte in particolare sottolinea che (i) se le condizioni prudenziali non sono soddisfatte, le azioni, che costituiscono i tipici "strumenti di capitale" della società stessa, non possono essere computate nel capitale primario di classe 1 ai fini del rispetto dei requisiti patrimoniali minimi; (ii) se il rifiuto di rimborso degli strumenti di capitale primario di classe 1 è proibito dalla norma nazionale applicabile, l'autorità competente può derogare a tali condizioni purché «imponga all'ente, su una base appropriata, di limitare il rimborso di tali strumenti». Dato che la disciplina del codice civile, prosegue la Corte, vieta a una banca cooperativa di rifiutare il rimborso delle azioni in caso di recesso del socio, vale la norma per cui «le disposizioni che governano gli strumenti autorizzano l'ente a limitare il rimborso».

Nel dettare tali "disposizioni" tuttavia, ad avviso della Corte, il legislatore nazionale non è libero di conformare discrezionalmente i limiti del rimborso, poiché la materia è disciplinata inderogabilmente dalle norme tecniche UE. Più precisamente, l'art. 10, § 2, del regolamento delegato prevede 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, anche per un periodo illimitato». Il presupposto interpretativo da cui muove il giudice *a quo* per sostenere la ricorrenza di una fattispecie espropriativa senza indennizzo, prosegue la Corte, «è dunque errato: le regole prudenziali dell'Unione europea non lasciano al legislatore nazionale alcuna facoltà di scelta tra le due presunte 'opzioni' della limitazione quantitativa del rimborso e del suo rinvio, ma gli impongono di attribuire all'ente creditizio la 'capacità' di adottare sia l'una che l'altra misura come condizione perché le azioni possano essere considerate strumenti del capitale primario di classe 1». Lo stesso art. 28, 2°-ter comma del t.u.b., collega la limitazione del rimborso alla necessità di «assicurare la computabilità delle azioni nel capitale di qualità primaria della banca». Anzi, per la Corte, la eventuale previsione di interessi compensativi del ritardo «imporrebbe addirittura di considerare le stesse azioni come strumenti di debito anziché di capitale, secondo la disciplina contabile sulla classificazione del patrimonio netto richiamata dall'art. 28, paragrafo 1, lettera c), punto ii), del regolamento (UE) n. 575/2013, con la conseguenza di escluderne radicalmente la computabilità dal capitale».

In questo quadro il limite al rimborso non equivale a una fattispecie espropriativa del diritto, alla sua "perdita definitiva" e senza indennizzo: il rimborso infatti può essere limitato (quantitativamente o temporalmente) dalla banca solo se, nella misura e nello stretto tempo in cui ciò sia necessario per soddisfare le esigenze prudenziali (si ricava dall'art. 10, § 3, del Regolamento delegato (UE) n. 241/2014, e negli stessi termini dalla 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"). Ciò impone agli amministratori di verificare periodicamente la situazione prudenziale della banca e la permanenza delle condizioni che hanno imposto l'adozione delle misure limitative

del rimborso: una volta che si sia accertato il venire meno di quelle condizioni, nel caso di rinvio il credito del recedente si deve considerare esigibile; in caso di limitazione quantitativa, invece, il recedente vedrà riconosciuto il valore patrimoniale della partecipazione.

Appare interessante anche il passaggio della Corte sulla misurazione degli effetti in caso prevalessse la tesi opposta, che potrebbe portare (presumibilmente per tutte le banche popolari) ad un capitale di vigilanza insufficiente e quindi al di sotto dei requisiti prudenziali minimi: in tal caso infatti, trovando applicazione le misure di risoluzione (e, in caso di crisi non risolvibile, di liquidazione) della banca previste dalla direttiva 2014/59/UE caratterizzate dal cosiddetto principio del *bail-in*, il diritto al rimborso sarebbe comunque soggetto a rilevanti, se non maggiori, limitazioni³.

Alla luce di queste considerazioni la Corte esclude anche l'incompatibilità della norma denunciata con l'art. 1 del protocollo addizionale alla CEDU: in base alla giurisprudenza della Corte EDU ricorrono le condizioni per l'ingerenza di un'autorità pubblica nel pacifico godimento di un bene e nella proprietà, essendo legittima, necessaria e proporzionata: legittima in quanto conforme alle condizioni richieste inderogabilmente dalle regole prudenziali europee; necessaria per il perseguimento dei superiori interessi pubblici alla stabilità del sistema bancario e finanziario nel suo complesso; proporzionata, bilanciando le esigenze dell'interesse generale della comunità e la tutela dei diritti fondamentali della persona. Parimenti, misure che comportano sacrifici per i diritti degli azionisti e dei creditori subordinati di società bancarie non de-

³ Sul punto cfr. ROMANO, "Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di *capital maintenance* e 'principio' del *bail in*", *Riv. soc.*, 2017, 1 ss.

terminano per la Corte una ingerenza sproporzionata e intollerabile nel diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 17 CDFUE, quando esse perseguono l'obiettivo – attraverso la continuità dell'impresa – della stabilità finanziaria e non possono arrecare ai soggetti sacrificati un pregiudizio maggiore di quello che essi subirebbero in caso di scioglimento e procedura di fallimento conseguente alla mancata adozione delle misure stesse.

Il Giudice delle leggi puntualizza con efficace sintesi come il patrimonio di vigilanza costituirebbe dunque un bene giuridico che il legislatore (comunitario e nazionale) ritiene funzionale alla tutela dell'interesse, riconosciuto per la prima volta dalla nostra Corte Costituzionale, alla stabilità della banca e dell'intero sistema finanziario non soltanto nazionale ma più in generale dell'area euro.

Per la Corte l'assetto normativo descritto sarebbe infine in linea con i nostri valori costituzionali, sia perché la libertà di iniziativa economica privata può essere limitata in funzione dell'utilità sociale (art. 41 Cost.), sia perché il sacrificio del diritto di proprietà del socio (art. 42 Cost. e art. 1 Protocollo addizionale alla CEDU nel cui ambito di protezione ricadono anche le azioni di società) troverebbe giustificazione nel rischio d'impresa che egli ha assunto partecipando alla società.

3. *L'ultima pronuncia del Consiglio di Stato dopo la Corte costituzionale e la sottoposizione della questione alla Corte di Giustizia UE*

Nuovamente sollecitato in un diverso giudizio proposto da alcuni soci di banche popolari, dall'Adusbef e dalla Federconsumatori, il Consiglio di Stato – nonostante il giudizio di piena legittimità delle norme primarie e secondarie in questione espresso dalla Corte costituzionale – ha accolto l'i-

stanza degli appellanti di rimettere la decisione alla Corte di Giustizia dell'UE per pronunciarsi su una serie di quesiti pregiudiziali (ordinanza della Sezione VI, 26 ottobre 2018, n. 6129). Su alcuni quesiti, invero, il Consiglio di Stato ha espresso forti perplessità: in particolare, quelli riguardanti i) l'incongruità della soglia di 8 miliardi oltre la quale "scatta" l'obbligo di trasformazione in s.p.a., ii) la pretesa contrarietà di tale soglia ai principi dei Trattati europei in materia di mercato aperto e concorrenziale, perché costringe un operatore di mercato alla trasformazione giuridica e iii) la possibile violazione delle norme in materia di aiuti di Stato.

Con l'occasione, tuttavia, il Consiglio di Stato è tornato nuovamente sulla questione che ci occupa, muovendo da un'analisi – prevalentemente filologica – dei testi normativi.

Secondo il Consiglio di Stato le proposizioni precettive teoricamente rilevanti sono: (i) l'art. 10, § 2 del Regolamento delegato (UE) n. 241/2014, il quale recita nel testo originale in inglese: «*The ability of the institution to limit the redemption (...) shall encompass both the right to defer the redemption and the right to limit the amount to be redeemed. The institution shall be able to defer the redemption or limit the amount to be redeemed for an unlimited period of time pursuant to paragraph*»; (ii) l'art. 28, 2°-ter comma del t.u.b., che si limita ad enunciare genericamente il principio della limitabilità del rimborso "secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia"; (iii) il 9° Aggiornamento della circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia, in forza del quale in sede di trasformazione in società per azioni le banche popolari possono «introdurre in statuto la clausola che attribuisce all'organo con funzione di supervisione strategica ... la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni del socio uscente e degli altri strumenti di capitale compu-

tabili nel CET1, anche in deroga a disposizioni del codice civile e di altre norme di legge».

Per la suprema corte amministrativa: (i) nel testo della circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia non soltanto le parole "limitare" e "rinviare" sono invertite di posizione rispetto a quella che esse hanno nel testo del Regolamento UE; ma figurano due virgole, ai lati dell'espressione "in tutto o in parte e senza limiti di tempo", che non esistono invece nel testo del Regolamento UE e che, per come collocate nella circolare, possono effettivamente ingenerare il convincimento che detta espressione debba reputarsi riferita, indistintamente, sia al caso della 'limitazione' sia a quello del 'rinvio' (del rimborso delle azioni); (ii) nel testo del Regolamento UE sia il frazionamento della frase in due periodi sia, e soprattutto, la tecnica compositiva del secondo dei due, lì dove viene utilizzata una "o" con valenza disgiuntiva, conduce a ritenere che la possibilità della 'non limitazione temporale' valga esclusivamente per il caso della 'limitazione' (del rimborso delle azioni); inoltre non figurano affatto le parole 'in tutto o in parte' che invece, nella circolare della Banca d'Italia, risultano tali da legittimare una limitazione o un rinvio (del rimborso delle azioni) anche assoluto (oltre che anche senza limiti di tempo).

Alla luce di quanto sopra, secondo il Consiglio di Stato, (in estrema sintesi) possono porsi due alternative interpretative: da un lato, si potrebbe opinare che il testo della circolare della Banca d'Italia sia andato oltre il perimetro di quanto dettato dalla fonte sovranazionale; dall'altro lato, qualora si ritenesse che detto perimetro non sia stato superato, si potrebbe affermare la sussistenza di una questione di legittimità dello stesso Regolamento UE, giacché detta norma (l'art. 10 citato), ove così intesa, si presta a consentire una sostanziale esclusione del rimborso delle azioni senza il contemporaneo di un contestuale indennizzo, e ciò in

potenziale violazione degli artt. 16, 17 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

4. La normativa di riferimento

Come si è avuto modo di illustrare la materia di cui ai provvedimenti annotati è disciplinata da fonti normative interne e comunitarie (di rango primario e secondario). Per quanto riguarda il diritto interno rileva *in primis* la normativa attuativa del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, relativamente alla limitazione del diritto al rimborso delle azioni dei soci recedenti ai sensi dell'art. 28, 2°-ter comma del d.lgs. n. 385 1° settembre 1993 (t.u.b.) che dispone: «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». Tale comma è stato inserito dall'art. 1, 1° comma, lett. a), del suddetto d.l. n. 3/2015, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, e successivamente sostituito dall'art. 1, 15° comma, d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72. Si tratta di una disciplina speciale rispetto a quella generale contenuta nell'art. 2437 c.c., con particolare riferimento al 6° comma, che sancisce la nullità di ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma dello stesso articolo⁴.

⁴ Sull'origine di tale normativa v. URBANI, «Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella

A tale normativa, che è collegata a quella sull'obbligo di trasformazione delle banche popolari con attivo superiore a 8 miliardi di euro di cui all'art. art. 29 t.u.b.⁵, ha fatto seguito quella della Banca d'Italia (nelle Disposizioni di Vigilanza per le Banche, Circolare 285/2013, Parte Terza, Capitolo

riforma della disciplina delle banche popolari», in CAPRIGLIONE (diretto da), *La riforma delle banche popolari* (Padova, 2015), 257 ss. e, alla luce delle fonti UE, estesamente BRIZZI, «Il recesso del socio di banca cooperativa tra fonti normative nazionali ed europee: una questione aperta», in questa *Rivista*, 2/2017, 489 ss., *ivi* 493-496.

⁵ L'art. 29 t.u.b. (all'esito delle modifiche introdotte dall'art. 1, 1° comma, lett. b), n. 1, d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33) così dispone:

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

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

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

Il termine entro il quale le Banche Cooperative dovranno provvedere alla trasformazione ovvero scegliere le altre opzioni (ridurre l'attivo patrimoniale sotto la soglia di 8 miliardi di euro o andare in liquidazione) è stato fissato, con d.l. n. 91/2018, convertito, senza modificazioni sul punto, dalla legge n. 108/2018, al 31 dicembre 2018. Tale termine è stato nuovamente spostato al 31 dicembre 2019 dal d.l. n. 119/2018, convertito con modificazioni dalla legge n. 136/2018.

4, Sezione III: Limiti al rimborso di strumenti di capitale)”, che prevede: «Lo statuto della banca popolare e della banca di credito cooperativo attribuisce all’organo con funzione di supervisione strategica, su proposta dell’organo con funzione di gestione, sentito l’organo con funzione di controllo, la facoltà di limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limiti di tempo, il rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale del socio uscente per recesso (anche in caso di trasformazione), esclusione o morte, secondo quanto previsto dalla disciplina prudenziale applicabile. Tale facoltà è attribuita, ai sensi dell’articolo 28, comma 2-ter, t.u.b. anche in deroga alle disposizioni del codice civile in materia e ad altre norme di legge. 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 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. Resta ferma l’autorizzazione dell’autorità competente per la riduzione dei fondi propri della banca, secondo quanto previsto dall’art. 77 CRR e dal regolamento delegato n. 241/2014. Ai sensi dell’art. 78, par. 3, CRR, quando il rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale è limitato in conformità del presente paragrafo, l’autorizzazione può essere concessa anche se le azioni e gli strumenti rimborsati non sono sostituiti con strumenti di fondi propri di qualità uguale o superiore. Resta fermo

quanto previsto dall’art. 78, par. 1, lettera b), CRR».

L’assetto disciplinare delineato ha una matrice comunitaria, in particolare nel Regolamento delegato (UE) n. 241/2014 della Commissione, del 7 gennaio 2014, che integra il Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri. Segnatamente l’art. 10, commi 2 e 3, per cui «la capacità dell’ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale di cui all’art. 29, paragrafo 2, lett. b), e dell’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. 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».

I profili di rango costituzionale infine attingono segnatamente agli artt. 41 e 42 Cost. e, richiamato dal 117 Cost., all’art. 1 (Protezione della proprietà) Protocollo addizionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà

fondamentali (CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, che al 1° comma dispone: “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”). Inoltre viene considerata rilevante la normativa degli artt. 16, 17 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea sempre a tutela dei titolari di diritti (in senso lato di proprietà) ablati, nella specie con la esclusione del rimborso delle azioni senza un contestuale indennizzo.

5. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali

Secondo una prima giurisprudenza di merito⁶ la norma di cui all’art. 28, 2°-ter comma, t.u.b. non potrebbe determinare la completa soppressione dell’effettivo contenuto giuridico economico del diritto di recesso (in questo caso, del diritto al rimborso delle azioni); pertanto sarebbe nulla per violazione dell’art. 2437, 6° comma, c.c. la clausola dello statuto che attribuisca al consiglio di amministrazione di una banca popolare il potere di rinviare in tutto e senza limiti di tempo il rimborso delle azioni, oltretutto senza necessità di alcuna motivazione. Di contro una limitazione al diritto di rimborso sarebbe consentita purché per un delimitato periodo di tempo, e purché permetta al socio, al termine della sospensione disposta, di ottenere detto rimborso e dunque, di fatto, il godimento effettivo, giuridico ed economico, del suo diritto. Diversamente si at-

⁶ Trib. Napoli, ord. 24 marzo 2016 e ord. 1 agosto 2016, con ampia e documentata nota di BRIZZI (*supra*, n. 3), 489 ss., cui ci si permette di rinviare per ogni altro riferimento anche sui commenti dedicati a tali pronunzie.

tuerebbe, oltre alla violazione dei principi civilistici sul diritto di recesso, un esproprio del diritto di proprietà, in violazione dell’art. 42 Cost., e una violazione dei principi consacrati nell’art. 47 Cost. in tema di tutela del risparmio attraverso l’investimento azionario.

Nella stessa ottica, con specifico riguardo alla vicenda della trasformazione della Banca Popolare di Bari, il Tribunale di Bari⁷ ha accolto il ricorso proposto in via cautelare da alcuni soci inibendo lo svolgimento dell’assemblea limitatamente alla parte di ordine del giorno relativa alla trasformazione della Banca in S.p.A. Il Giudice, alla luce dell’incertezza del quadro normativo attuale, ha ritenuto ne derivasse, oltre alla minaccia alla libera e consapevole determinazione del voto, «la possibile, imminente e grave lesione che scaturirebbe da una delibera di trasformazione basata su norme costituzionalmente illegittime, rispetto a quelle stesse posizioni giuridiche soggettive di rango costituzionale ed internazionale indicate dal Consiglio di Stato, le quali stanno alla base del sospetto di illegittimità costituzionale (libertà di iniziativa economica e proprietà privata – artt. 41 e 42 Cost. e art. 1 protocollo addizionale n. 1 CEDU)».

Le sentenze del TAR Lazio⁸ che hanno originato le pronunzie del Consiglio di Stato qui commentate hanno invece affermato la legittimità costituzionale della disciplina su recesso e rimborso, con particolare riferimento ai principi espressi dagli artt. 23, 42 e 117, 1° comma, Cost., in armonia con il diritto dell’Unione Europea, ed al principio sulla tutela della stabilità delle banche mediante il salvataggio interno, ossia con risorse patrimoniali provenienti dai soci (c.d. *bail-in*).

Parte della dottrina, pur esprimendo seri dubbi di costituzionalità sulla norma del-

⁷ Ord. 23 dicembre 2016, inedita.

⁸ V. *supra*, nt. 1.

l'art. 28, comma 2-ter, t.u.b., con riferimento agli artt. 42 e 45, 1° comma, Cost.⁹, ne riconosce l'armonia non solo con il diritto societario comune (il socio ponendosi come *residual claimant*), ma anche e soprattutto con il diritto societario bancario interno e comunitario, che prevede una serie di misure di prevenzione affinché i diritti dei soci non pregiudichino i creditori: in breve, affinché, nel rispetto dei criteri prudenziali, sia preservato l'assorbimento non solo delle perdite già realizzate ma anche di quelle possibili attraverso il mantenimento dei valori dell'attivo (nella specie e più tecnicamente: attraverso la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria) in funzione della sana e prudente gestione¹⁰.

Per altro orientamento, alla luce degli indirizzi delle Corti costituzionali europee, della Corte di Giustizia UE e della Cedu, saremmo di fronte non ad un problema di costituzionalità e in particolare ad un fenomeno espropriativo, ma alla risoluzione di un conflitto di interessi privati con parziale soppressione (o rimodulazione) della partecipazione dei soci dissenzienti nell'interesse alla conservazione della stabilità patrimoniale della banca purché nei limiti (costi-

⁹ V. in particolare SALAMONE, "Il recesso dalle banche popolari ovvero: 'rapina a mano armata'", *Dir. banc.*, 2016, I, 239 ss.; CARLIZZI, "Osservazioni intorno alla riforma delle banche popolari", *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 43 ss., 76 ss., che considera eccessivamente penalizzante per i soci tale normativa non solo in ragione del potere di limitazione attribuito alla Banca d'Italia per via regolamentare, ma soprattutto alla luce dei principi e regole, dettati dall'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sui beni oggetto di tutela.

¹⁰ SALAMONE (*supra* n. 9), 253 ss., che ritiene necessario comunque iscrivere una riserva per il rimborso, con l'accantonamento di utili in misura corrispondente appunto in funzione del rimborso progressivo delle quote restanti; su tale punto specifico cfr. anche ROMANO, (*supra*, n. 3), 1 ss.

tuzionalmente orientati) della ragionevolezza e della proporzionalità, a tutela del diritto di proprietà e del legittimo affidamento¹¹: proponendo in tal senso, almeno con riferimento alla limitazione quantitativa del rimborso, il mantenimento in capo al recedente della titolarità delle azioni non rimborsate (con diversità di sfumature sulla legittimazione: al solo diritto alla trasferibilità dei titoli¹², ovvero a più ampio novero di diritti inerenti allo *status* di azionista¹³).

Ci sembra che in comune i vari orientamenti abbiano la considerazione che il punto di allineamento degli interessi debba essere frutto di una interpretazione restrittiva della limitazione al rimborso, che non può significare esclusione ma, per il principio del "minor mezzo", limitazione nel senso di rimborso parziale o rinvio del pagamento al

¹¹ Per tutti LAMANDINI, "Il commento", *Le Società*, 2/2017, 156 ss.; ROMANO (*supra*, n. 3), 26 ss.; BRIZZI (*supra*, n. 4), 512-513, il quale ritiene corretto fondare il problema della costituzionalità della disciplina dei limiti al rimborso dei soci su basi diverse da quelle utilizzate per il giudizio di costituzionalità del *bail-in*, essendo le vicende risolutive basate sul dissesto, laddove nel nostro caso si tratta unicamente di preservare la continuità e la sostenibilità finanziaria nel tempo dell'impresa; e, sia pure nella considerazione della limitazione e del rinvio come ipotesi alternative, SAGLIOCCA, "Il 'nuovo' diritto di recesso nella trasformazione di banche popolari in società azionarie", *Riv. not.*, 2015, 939 ss. e MAUGERI, "Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria", *Riv. soc.*, 2016, 6, 991 ss. (a tale scritto ci si riferirà in tale nota, ma v. anche ID., "Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)", *Riv. soc.*, 2017, 1, 230 ss.). Sulla costituzionalità della disciplina del *bail-in* in relazione all'art. 42 Cost. le lucide considerazioni di GUIZZI, "Il *bail-in* nel nuovo sistema di risoluzione delle crisi bancarie. Quale lezione da Vienna?", *Corr. giur.*, 2015, 1485 ss., 1490.

¹² ROMANO (*supra*, n. 3), 85 ss.

¹³ MAUGERI (*supra*, n. 11), 1021.

socio, non *tout court* e a tempo indeterminato, ma in relazione alla situazione prudenziale dell'ente¹⁴.

6. Il commento. L'eurosistema e il (superiore) principio generale di stabilità finanziaria

L'esigenza di fondo che tutti gli orientamenti fanno emergere è quindi quella di un'adeguata patrimonializzazione della banca per la sua continuità (e la stabilità del sistema finanziario), ed è tra l'altro già delineata dalla relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3; ed in funzione di tale esigenza può leggersi il richiamato art. 28, comma 2-ter, del t.u.b. sulle finalità della limitazione del diritto al rimborso delle azioni in caso di recesso, e precisamente la finalità di assicurare la computabilità delle azioni nel capitale di qualità primaria della banca. Il sistema è in tal prospettiva in armonia con i valori costituzionali, atteso che la libertà di iniziativa economica (art. 41) e il diritto di proprietà (art. 42) possono essere limitati, come nel nostro caso, in funzione dell'utilità e della funzione sociale.

Peraltro non può parlarsi di effetto espropriativo (senza indennizzo). La limitazione del rimborso, sia come riduzione quantitativa sia come rinvio, non priverebbe il socio recedente del suo *status*: le azioni restereb-

bero nella titolarità del socio fino al momento in cui il recedente riceva il rimborso delle azioni da lui possedute, con la legittimazione a nostro avviso all'esercizio dei relativi diritti, onde consentire al socio di monitorare e tutelare "dall'interno" sia il valore economico delle proprie partecipazioni sia le possibilità di rimborso, demandate alla valutazione discrezionale (sia pure guidata da parametri certi) degli organi gestionali della banca¹⁵. Ritengo infatti che il momento del diritto di recesso sia da ascrivere ad uno *Zweckbegriff*, in relazione alla fattispecie (nella duplice variabile del tipo societario e della vicenda cui inerisce), e che nella nostra fattispecie si giustifichi la

¹⁵ Sul punto si richiama anche quanto previsto nel Documento per la Consultazione di Banca d'Italia in merito alla riforma delle banche popolari, dell'aprile 2015 (pp. 3 e 4), in cui si precisa che "la facoltà di differire o limitare il rimborso deve essere prevista nello statuto della banca ed è attribuita, in prima istanza, alla competenza decisionale dell'organo di gestione; qualora questo decida di procedere al rimborso, restano fermi i poteri di autorizzazione dell'autorità di vigilanza al rimborso di fondi propri ai sensi dell'art. 77 CRR (BCE o Banca d'Italia, a seconda che la banca sia o meno significativa). Qualora la banca decida di procedere al rimborso, essa deve – in base alle norme del CRR e degli RTS sul capitale (4) – sottoporre all'autorità di vigilanza (BCE o Banca d'Italia, a seconda che la banca sia o meno significativa) una istanza di autorizzazione al rimborso dello strumento; l'autorizzazione è concessa se la banca dimostra che i suoi fondi propri, dopo il rimborso, superano i requisiti di capitale previsti dal CRR, il requisito di riserve di capitale e il livello complessivo ritenuto adeguato dall'autorità di vigilanza a seguito del processo di valutazione e revisione prudenziale. L'autorizzazione può essere rilasciata, anziché caso per caso, per un plafond limitato, se l'autorità ritiene che l'importo rimborsabile sia irrilevante o comunque tale da non creare pregiudizio per la situazione prudenziale della banca". Sul problema degli strumenti di reazione contro la decisione degli amministratori ancora BRIZZI (*supra*, n. 4), 515-516, ed ivi riferimenti.

¹⁴ SALAMONE (*supra*, n. 9), 257-259; ROMANO (*supra*, n. 3), 59 ss.; LAMANDINI (*supra*, n. 11), 160; MAUGERI (*supra*, n. 11), 997 ss., 1002 ss.; 514; BRIZZI (*supra*, n. 4), 514. In relazione al complessivo dibattito dottrinale e giurisprudenziali sul nostro tema e più in generale sul recesso del soci di banche cooperative pone acutamente l'accento sulla centralità dei diritti patrimoniali del socio a garanzia del valore dell'investimento effettuato al momento dell'ingresso PISCITELLO, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente nelle s.p.a.* (Torino, 2018), 155 ss., ivi 159.

massima tutela del diritto soggettivo del socio recedente¹⁶.

La prospettiva di stabilità della banca e del sistema finanziario nel suo complesso è infine alla base della normativa europea di cui agli artt. 28 e 29 del regolamento (UE) n. 575/2013 e art. 10 del regolamento delegato (UE) n. 241/2014): la possibilità di limitare il diritto al rimborso è legittima, ancorché circoscritta a quanto strettamente necessario per la salvaguardia della stabilità della banca, nel rispetto dei requisiti prudenziali previsti dalla normativa europea e in una concezione delle azioni come strumenti di capitale, secondo i principi contabili applicabili (art. 28, § 1, lettera c, punto ii) e di “flessibilità dei pagamenti” (art. 28, paragrafo 1, lettera h, punti iv e v). In questo senso il legislatore nazionale non aveva discrezionalità in base al “principio del minimo mezzo”. Al contrario, una diversa interpretazione sarebbe stata irragionevole, potendo portare le banche popolari al di sotto dei requisiti prudenziali minimi.

Anche una lettura correttamente orientata degli indirizzi della Corte EDU e della Corte di giustizia UE porta a concludere che il principio generale di stabilità delle banche e

del sistema finanziario possa considerarsi gerarchicamente superiore (nel nostro caso nel rispetto dei requisiti prudenziali delle banche secondo la disciplina domestica e comunitaria) rispetto ai diritti di proprietà degli azionisti e persino di certi creditori delle banche, quali i depositanti. Un bilanciamento ispirato a criteri di ragionevolezza e proporzionalità può insomma condurre alla compressione del diritto del singolo – indipendentemente dalla garanzia di un pieno indennizzo – di fronte ad un prevalente interesse generale¹⁷.

E la stessa Corte di giustizia UE in diverse sentenze condivisibilmente afferma che, in particolari circostanze di rischio, sul diritto degli investitori e sul diritto di proprietà degli azionisti e dei creditori delle banche debba prevalere l’interesse alla stabilità finanziaria non solo della singola banca e del relativo sistema nazionale ma dell’intero eurosistema. Così nel caso *Tadej Kotnik*¹⁸ riguardante l’insolvenza di una banca e misure di condivisione degli oneri da parte degli azionisti e dei creditori subordinati, il giudice europeo ha considerato tali misure legittime nella prospettiva di evitare un rischio sistemico e assicurare la stabilità del sistema finanziario nazionale e della zona euro. Così ancora nel caso *Gerard Dowling*¹⁹, riguar-

¹⁶ Il passaggio è ovviamente tra i più delicati (v. *supra*, n. 12 e n. 13), a livello tecnico (del rapporto tra rimborso eventualmente residuo e diritti) e sistematico. Cfr., sul tema specifico nel quadro dottrinale sui vari momenti di efficacia del recesso, BRIZZI (*supra*, n. 4), 514 e in generale le lucide riflessioni di PERRINO, “Il recesso del socio ed il suo ‘momento’”, *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 235 ss. La soluzione proposta mi è stata suggerita anche dalla lettura delle considerazioni ampiamente svolte da PISCITELLO (*supra*, n. 14), 3 ss. e 159, sulla rilevanza dei diritti dell’azionista nella vicenda del recesso e sulla esigenza di evitare una ingiustificata compressione degli stessi, tanto da apparire ragionevole all’A. citato ritenere che il socio «deciderà di uscire o meno dalla compagine sociale non in relazione a quando acquisterà efficacia la dichiarazione di recesso (e conseguentemente si verificherà la cessazione del rapporto sociale), ma in base all’importo della quota di liquidazione» (p. 3).

¹⁷ È quanto emerge dalle sentenze Cedu 17 novembre 2015, *Preite c. Italia*; 31 maggio 2011, *Maggio c. Italia*; 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*; 13 gennaio 2015, *Vécony c. Ungheria*; 30 giugno 2005, *Jahn e altri c. Germania*; 25 luglio 2002, *Sovtransavto Holding c. Ucraina*; 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*; 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*; 21 febbraio 1986, *James e altri c. Regno Unito*; 23 settembre 1982, *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*.

¹⁸ Sentenza 19 luglio 2016, *Kotnik e a.*, in causa C 526/14.

¹⁹ Sentenza 8 novembre 2016, *Gerard Dowling e a.*, Grande sezione, in causa C-41/15.

dante un provvedimento ingiuntivo volto alla ricapitalizzazione di una banca (irlandese) in crisi mediante aumento del capitale con l'emissione di nuove azioni per un importo inferiore al loro valore nominale e senza diritto di opzione a favore degli azionisti esistenti, il giudice europeo, muovendo dall'ottica di assicurare il corretto funzionamento del sistema bancario e salvaguardare la stabilità finanziaria nell'Unione e nella zona dell'euro, afferma apertamente che la misura contestata adottata in una situazione di grave perturbamento dell'economia e del sistema finanziario di uno Stato membro che minacci la stabilità finanziaria dell'Unione, è conforme alla normativa europea (in particolare alla II Direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976). Analogamente nel caso *Ledra Advertising Ltd*²⁰, di fronte a misure di conversione di depositi in azioni e il congelamento di altra parte dei depositi di una banca

(cipriota) la Corte, “considerato l'obiettivo di assicurare la stabilità del sistema bancario nella zona euro” nel suo complesso, ha considerato tali provvedimenti non sproporzionati e non (ingiustamente) restrittivi del diritto di proprietà²¹.

In conclusione, le considerazioni svolte consentono di ritenere soltanto la pronuncia della Corte costituzionale qui commentata sostanzialmente condivisibile nel percorso argomentativo e negli esiti, ma altresì legittima la normativa europea demandata allo scrutinio della Corte di Giustizia (e in linea con essa la Circolare della Banca d'Italia); e di ritenere infine superabili, attesa la mancanza di illegittimo effetto ablatorio del diritto di proprietà degli azionisti, le argomentazioni (più esegetiche che sostanziali) dell'ultima pronuncia del Consiglio di Stato qui annotata (n. 6129/2018).

DANIELE U. SANTOSUOSSO

²⁰ Sentenza 20 settembre 2016, *Ledra Advertising Ltd e a.*, Grande sezione, in cause riunite da C-8/15 P a C-10/15.

²¹ Analogamente già sentenza 10 luglio 2003, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, C-20/00 e C-64/00.

www.rivistadirittosocietario.it

Il portale web, fondamentale complemento alla *Rivista di Diritto Societario* in formato cartaceo, garantisce un costante aggiornamento su tutte le evoluzioni del diritto societario.

Nell'area "pubblica" (accessibile ad ogni visitatore)

Principali *provvedimenti giudiziari* e *provvedimenti normativi* in materia di diritto societario

Eventi

Nell'area "riservata" (accessibile agli abbonati)

Provvedimenti Giudiziari: sentenze e altri provvedimenti giudiziari in materia di diritto societario, con le necessarie note di commento

Saggi ed articoli: i principali saggi ed i più importanti articoli pubblicati in materia di diritto societario, classificati secondo argomenti

Precedenti numeri della Rivista (in formato elettronico pdf)

Eventi

€ 95,00 (abbonamento)

ISSN 1972-9243