

# Università degli Studi di Salerno



## Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza)

Dottorato in scienze giuridiche XXX CICLO

### Curriculum Giuspubblicistico

Tesi di dottorato:

**“La riconfigurazione del sistema delle banche popolari ed i poteri della Banca d’Italia”**

Candidato

**Edoardo De Chiara**

Mat. 8800600009

Tutor

**Chiar.mo Prof.**

**Enzo Maria Marenghi**

Coordinatore

**Chiar.mo Prof.**

**Geminello Preterossi**

**Anno Accademico 2017/2018**

## Capitolo I “L’attività bancaria in forma cooperativa dal 1862 al 2014”

<b>1) L’origine del modello cooperativo</b> .....	7
<b>2) Le <i>Vorschusseverein</i> nel modello di Franz Hermann Schulze-Delitzsch</b> ....	9
2.1 La natura delle popolari.....	10
2.2 La partecipazione sociale ed il voto capitario.....	10
2.3 La porta tendenzialmente aperta.....	11
2.4 La responsabilità solidale ed illimitata dei soci.....	12
2.5 I prestiti a favore dei soci.....	12
<b>3) Le banche popolari nell’esperienza italiana</b> .....	14
3.1 La responsabilità limitata, l’autonomia statutaria nel Cod. Comm. del 1865..	14
3.2 Capitale sociale, azioni, depositi.....	15
3.3 L’elemento di difformità rispetto al modello tedesco.....	16
3.4 Il Codice del Commercio del 1882.....	17
3.5 Le leggi bancarie del ‘26 e del ‘36.....	20
3.6 Il codice civile del 1942 e la Costituzione del 1948.....	24
3.7 Il T.u.b. del 1993.....	30
3.8 La riforma del 2003.....	35
3.9 Gli interventi normativi del 2012.....	38
3.10 Il rapporto tra forma e sostanza.....	41
3.11 Considerazioni conclusive: la forma è sostanza.....	42

## Capitolo II “ La riforma introdotta dal d.l. 3/2015”

<b>1)La duplice riforma</b> .....	52
1.1 Popolari sopra soglia.....	53
1.2 Popolari sotto soglia.....	56
<b>2) Le ragioni (dichiarate) della riforma</b> .....	57
<b>3) La confutazione delle ragioni dichiarate</b> .....	59
<b>4) La ratio del gold plating</b> .....	67
<b>5) I profili di illegittimità costituzionale</b> .....	69

5.1 La competenza concorrente regionale ex 117 comma 3 Cost.....	70
5.2 La violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza nella fissazione del limite dimensionale.....	72
5.3 La violazione dell'art. 118, comma quarto, Cost., "in combinato disposto" con gli artt. 45 e 47, nonché con gli artt. 2, 18 e 41 Cost.....	73
5.4 La decretazione d'urgenza ed i suoi presupposti.....	74
5.5 Limitazioni al diritto di rimborso delle azioni nell'esercizio del diritto di recesso ed il contenuto minimo della proprietà. Il sistema bancario tra esigenze "conformative" e poteri "ablatori".....	79
5.5.1 Ricostruzione del quadro normativo interno.....	79
5.5.2 La rimessione del Consiglio di Stato alla Corte Costituzionale.....	80
5.5.3 Le posizioni della dottrina.....	85
5.6 La Banca d'Italia ed il potere di disciplinare le modalità di esclusione del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente " <i>anche in deroga a norme di legge</i> ": il problema del rispetto del sistema gerarchico delle fonti.....	91
5.6.1 La posizione del Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione.....	91
5.6.2 Le posizioni della dottrina .....	92
5.7 Considerazioni conclusive di sintesi in attesa della pubblicazione delle motivazioni della Corte Costituzionale.....	93
<b>6) L'importanza della biodiversità bancaria: potenziali correttivi alla lesione del pluralismo ed il ruolo della Banca d'Italia.....</b>	<b>112</b>

### Capitolo III "I poteri della Banca d'Italia e la ridefinizione del suo ruolo in tema di trasformazioni"

<b>1) Banca d'Italia come autorità indipendente: premessa.....</b>	<b>119</b>
1.1 Le Autorità indipendenti e la compatibilità con la Costituzione.....	120
1.2 La Natura delle Autorità indipendenti.....	121
1.3 Tra analisi strutturale e funzionale.....	122
1.4 Conclusioni generali di inquadramento delle Autorità indipendenti.....	123
1.5 La banca d'Italia ed i dubbi classificatori.....	124
1.6 La dibattuta natura di autorità indipendente.....	125
1.7 Breve analisi della evoluzione della funzione di Vigilanza.....	128
1.8 Poteri regolamentari (normativi) ed autorizzatori della Banca d'Italia nell'esercizio della funzione di vigilanza.....	133

<b>2) Dall'autorizzazione ad un accertamento preventivo di sana e prudente gestione.....</b>	<b>135</b>
2.1 Il concetto di autorizzazione e la sua evoluzione.....	135
2.2 L'accertamento.....	141
2.3 La discrezionalità tecnica: la sana e prudente gestione.....	144
2.3.1 Premessa.....	144
2.3.2 Breve ricostruzione della dottrina.....	145
2.3.3 Breve ricostruzione delle tappe del sindacato giurisdizionale.....	151
2.4 Tirando le somme: siamo davanti ad una modifica della funzione o della natura del potere ?.....	152
2.5 Tirando le somme: La sana e prudente gestione è una clausola generale espressione di discrezionalità tecnica ?.....	155
2.6 Tirando le somme: questa ridefinizione risponde forse ad una logica di semplificazione ?.....	161
<b>3) Poteri normativi: la legalità sostanziale integrata dalla legalità procedurale. ....</b>	<b>163</b>
<b>4) Conclusioni del capitolo.....</b>	<b>167</b>
4.1 Conclusione del capitolo: la riforma è nuova conferma della tesi dell'ordinamento sezionale del credito o è un ulteriore sintomo della dimensione anacronistica di questa ricostruzione ormai incapace a descrivere il quadro giuridico positivo ?.....	167
4.2 Premessa.....	167
4.3 Tesi.....	169
4.4 Antitesi.....	170
4.5 Sintesi.....	171
<b>5) La compatibilità di poteri conformatori e degli spazi discrezionali con una economia sociale di mercato.....</b>	<b>183</b>
<b>6) Conclusioni della tesi: la (presunta) tendenza fondamentale del nostro tempo (giuridico), un riepilogo complessivo per riportare a sistema il discorso della neutralità (il leit motive dei tre capitoli).....</b>	<b>187</b>

## INTRODUZIONE

Nella presente tesi è possibile individuare almeno due livelli di comprensione, il primo espressivo di un'analisi piana delle problematiche trattate, in quanto connesse dalla comune derivazione dal d.l. 3/2015, il secondo invece di ordine logico-ricostruttivo, che partendo dalla constatazione secondo cui la riforma sia un compendio di molti grandi problematiche dibattute a livello dottrinale e giurisprudenziale negli ultimi decenni, nel diritto commerciale ed amministrativo, enuclea un tratto che le accumuna o meglio un minimo comune denominatore: la presunzione di neutralità.

Quanto al primo piano di lettura, si tenterà di affrontare una trattazione dei principali problemi posti dalla riforma e si cercherà di dimostrare, che la ragione ultima ispirativa della stessa sia con tutta probabilità da rinvenire nella esigenza di garantire una sana e prudente gestione degli istituti e che ciò abbia determinato, solo come conseguenza indiretta, il sacrificio dello scopo mutualistico ed il trionfo di quello lucrativo<sup>1</sup>. Si tenterà cioè di dimostrare che il legislatore, attraverso una inversione logica dei problemi, abbia marginalizzato la cooperazione del credito proprio per garantire la sana e prudente gestione degli istituti, alla luce delle difficoltà riscontrate dalla vigilanza italiana nell'assicurare il rispetto di tale criterio di gestione specialmente per le banche popolari di maggiori dimensioni. Da qui la centralità del ruolo che la Banca d'Italia ha giocato (e gioca) non solo nell'attuazione della riforma ma anche rispetto alle stesse ragioni ispirative del cambio di paradigma.

Quanto invece al secondo piano di lettura, si partirà dal particolare (dettaglio normativo) per poi astrarre il problema generale ed infine sempre sulla base di un'attenta analisi della norma, estrarre il ragionamento sotteso alla logica della neutralizzazione per tentare di disvelare così il pregiudizio infondato.

Questo non vuol significare che in tale studio non si faccia riferimento ad altri saperi diversi dal diritto, il diritto è infatti "*strumento degli strumenti*" è ciò che confina, delimita gli altri strumenti (scienza, economia, religione...) mi saranno spero quindi perdonate, alla luce di questa affermazione, le incursioni che in questa tesi si rinverranno rispetto ad altri campi a partire da quello filosofico, secondo l'insegnamento di molti grandi maestri del '900. Il diritto, infatti, è il dettaglio di principi, valori e tendenze, nonché risoluzione di problemi formati in altri capi del sapere umano e più in generale della esperienza sociale umana. Per essere compreso pienamente il diritto va quindi collegato con i suoi presupposti, non essendo consentito al giurista di "ripiegarsi su se stesso", attraverso un'analisi limitata al semplice precipitato normativo.

Il tentativo (forse frutto di un peccato di *ὑβρις*) è quello di voler provare a dimostrare, partendo dall'analisi della riforma delle banche popolari e del ruolo della banca d'Italia ed in base alle evidenze empiriche dalle stesse ricavabili, che il mito della neutralità, nella duplice declinazione dell'istituto giuridico del contratto di società (di cui si dirà nel primo capitolo) e dei poteri delle autorità indipendenti, (di cui si dirà nel terzo capitolo) sia spesso più un pregiudizio che una evidenza positiva tanto nel diritto commerciale quanto nel diritto amministrativo.

---

<sup>1</sup> In tal senso R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari, in Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?"*, Pescara, 16 giugno 2015 in Banca borsa e titoli di credito, 2015, fasc. 5, pt. 1.

Nel primo capitolo, dedicato ad un approfondimento dell'evoluzione storica del fenomeno delle banche popolari, si tenterà di dimostrare l'infondatezza della tesi della neutralità del contratto di società, anche in virtù della tesi secondo cui la forma è sostanza.

Nel secondo capitolo, dedicato all'analisi della c.d. riforma popolari del 2015, si tenterà di comprendere le reali ragioni sottese alla stessa provando a dimostrare l'infondatezza della tesi che vede questo intervento normativo come il frutto di esigenze di carattere meramente tecnico-giuridiche. Si tenterà cioè di comprovare che la scelta di sopprimere (*rectius* fortemente ridimensionare) l'attività bancaria cooperativa delle popolari sia puramente politica e non neutrale o tecnica, non solo perché il nostro sistema costituzionale impone la dimensione politica della scelta legislativa, ma soprattutto perché le richiamate esigenze tecniche appaiono essere più presunte che reali (si pensi alla carenza di sostanza mutualistica delle stesse, fondata sulla base di una superata ma radicata tesi del Ferri e richiamata nella relazione governativa alla riforma come motivo centrale). In tal contesto, si procederà anche con l'analisi dei principali problemi di compatibilità costituzionale posti dalla riforma e si proverà a tracciare una linea di continuità tra la questione della limitazione del rimborso delle azioni e la tesi dei poteri conformativi tipici degli ordinamenti sezionali, che verrà poi più propriamente affrontata in conclusione del terzo capitolo.

Nel terzo capitolo, infine, si affronterà il problema della neutralità della tecnica nel diritto amministrativo, anche in questo settore disciplinare la neutralità<sup>2</sup> è spesso più un dato proclamato che una intrinseca qualità, come si tenterà di dimostrare del resto dall'analisi della discrezionalità e più in genere delle funzioni di vigilanza non neutrali della Banca d'Italia. Il tutto sarà poi utile anche allo scopo di comprendere se la tesi di Massimo Severo Giannini sull'ordinamento sezionale del credito (in senso rivisitato) sia ancora capace di descrivere il funzionamento del sistema bancario odierno e ciò non solo alla luce dei poteri non neutrali e della regolazione prudenziale e conformativa ma anche per l'introduzione della *Banking Union*.

---

<sup>2</sup> La centralità del tema delle funzioni amministrative neutrali è confermata da ultimo da una recente monografia di M.T.P. CAPUTI JAMMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, 2017, ove ci si richiama allo scritto di A.M.SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in Riv. Dir. Proc., 1964.

## Capitolo I “L’attività bancaria in forma cooperativa”

*“Ma sopra ogni altro, da ciò dipende in gran parte il rischiaramento delle nostre leggi patrie, e de’ nostri proprj istituti e costumi; le quali cose non per altra cagione veggonsi dai nostri Scrittori sì rozzamente trattate, e sovente, senza comprendersene il senso, sì stranamente a noi esposte; se non perchè ignari della storia de’ tempi, de’ loro Autori, delle occasioni, onde furono stabilite, dell’uso e dell’autorità delle leggi romane, e delle longobarde, sdruciolaron perciò in quei tant’errori, de’ quali veggonsi pieni i lor volumi, e di mille puerilità, e cose inutili o vane caricati; e tanta ignoranza avea loro bendati gli occhi, che si pregiavano d’essere solamente Legisti, e non Istorici; non accorgendosi, che perchè non erano Istorici, eran perciò cattivi Legisti”.*

Cit. Pietro Giannone, *Istoria civile del Regno di Napoli*, 1723

### 1) L’origine del modello cooperativo

A partire dagli anni '40 del XIX° secolo, in Europa incominciò ad affermarsi il movimento cooperativo in risposta alle precarie e disagiate condizioni nelle quali versavano le classi medie e proletarie anche in ragione della assoluta indifferenza delle classi economicamente egemoni e dei governi<sup>3</sup>. Si deve infatti ai “probi pionieri” di Rochdale<sup>4</sup> la formulazione, nel 1844, dei principi su cui si basa il sistema delle cooperative. Costoro rifacendosi alle teorie di Owen ma depurandole da eccessi ideologici<sup>5</sup>, cristallizzarono i capisaldi sui quali ancor oggi si basa il sistema cooperativo, al netto di adeguamenti ed adattamenti che il fluire dell’esperienza storica ha imposto<sup>6</sup>.

La rivoluzione industriale e con essa la rivoluzione dell’agricoltura e dei trasporti determinarono, come è noto, da un lato una forte concentrazione delle grandi ricchezze nelle mani della emergente borghesia capitalista e uno sfruttamento sistematico della forza lavoro operaia anche minorile, dall’altro una tendenza all’inurbamento e quindi la configurazione di nuovi rapporti tra città e campagna<sup>7</sup>. Molti intellettuali e politici, tanto di scuola liberale che socialista, avvertirono la necessità di dare una risposta alle predette questioni sociali ed è proprio in questo contesto storico che affondano, le proprie radici, le banche popolari e le casse rurali.

Questo modello cooperativo, nacque in Germania per iniziativa di due intellettuali di scuola liberale: Friedrich Wilhelm Raiffeisen e Franz Hermann Schulze-Delitzsch, i quali, seppur con differenze di metodo, contenuto e destinazione, furono mossi dalla comune volontà di emancipare le classi sociali più deboli dal peso dell’usura<sup>8</sup> attraverso il sistema cooperativo.

---

<sup>3</sup> Sul punto si veda la voce “Banca popolare” in *Enciclopedia italiana*, Vol. VI, pag.46, 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma.

<sup>4</sup> Per approfondimenti G.J.HOLYOAKE, *La storia dei Probi Pionieri di Rochdale, con prefazione e note di A. Basevi*, edizioni de La Rivista della cooperazione, Roma, 1953.

<sup>5</sup> Approfondimenti in G.SANNINO P.TARTAGLIA POLCINI in *Esercitazioni e complementi di Economia Aziendale*, Seconda edizione, pag.173 ,Giappichelli

<sup>6</sup> In tal senso G.BONFANTE in *Trattato di diritto commerciale, diretto da Gastone Cottino*. Vol. 5\3: La società cooperativa, 2014, Cedam;

<sup>7</sup> Sul punto si veda la voce “Rivoluzione industriale” in *Enciclopedia italiana*, vol., pag., 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma.

<sup>8</sup> Sul punto si veda la voce “Banca popolare” in *Enciclopedia italiana*, Vol. VI, pag. 46, 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani,,Roma.

In Germania, nella prima metà dell'Ottocento, vi furono difficoltà nell'avviare processi di modernizzazione delle tecniche di coltivazione e di conseguenza nell'aumento della capacità produttiva, seppur se ne era avvertita l'esigenza specialmente a seguito dell'introduzione dell'unione doganale (*Zollverein*) del 1832. Si deve infatti considerare che la riforma agraria avvenuta nel 1807<sup>9</sup>, voluta dal Barone von Stein per garantirsi l'appoggio ed il sostegno di masse di contadini contro le truppe francesi guidate da Napoleone -che avevano già sconfitto nel 1806 l'esercito prussiano- colpì duramente gli *junker* cioè i grandi proprietari terrieri che si videro privati, almeno in parte, dei propri possedimenti<sup>10</sup>. I contadini che ottennero, in tal modo, piccoli appezzamenti di terra non erano però nelle condizioni, a differenza degli *junkers*, di provvedere ad una meccanizzazione dell'attività di coltivazione e questo per una serie di ragioni: in primis l'eccessivo frazionamento delle terre, che da un lato era inidoneo ad una coltivazione meccanizzata e dall'altro spingeva i contadini ad accumulare capitali in funzione dell'acquisto di nuovi terreni. La seconda e preminente ragione era però da rinvenire nei prestiti a tassi usurari<sup>11</sup> che certamente non incentivarono investimenti in innovazioni di rilevante portata. Fu così che F. W. Raiffeisen, in funzione risolutiva del problema, decise di fondare nel 1862 la sua prima cassa rurale, che consentì anche ai piccoli agricoltori di potersi adeguare allo sviluppo delle tecnologie agricole, seppur in misura ovviamente minore rispetto ai grandi proprietari<sup>12</sup>.

Come ampiamente ripetuto, pur essendo pressoché analoghe le finalità ultime dell'operato dei succitati filantropi, costoro adottarono impostazioni tecniche e contenutistiche differenti. Le ragioni storiche sottese alla elaborazione del modello popolare da parte di Hermann Schulze-Delitzsch erano infatti da rinvenire nella necessità di migliorare le condizioni, non tanto degli agricoltori, ma quanto quelle degli operai, piccoli commercianti, piccoli imprenditori in modo da sottrarli alla dura emarginazione che la rivoluzione industriale aveva prodotto.

Le banche miste avevano infatti poca propensione alla erogazione di prestiti a favore di questi soggetti, avendo assunto un ruolo più complesso in conseguenza della rivoluzione industriale, non limitandosi più solo alla raccolta del risparmio ed all'esercizio del credito a favore delle grandi imprese già consolidate. Le nuove tecniche di produzione e di trasporto merci richiedendo la mobilitazione di capitali sempre maggiori rispetto al passato<sup>13</sup>, determinarono infatti lo sviluppo di un nuovo modello di impresa, non più basato sul capitale familiare. Per le grandi imprese, all'esercizio dell'attività in forma individuale o collettiva sotto la veste delle società in nome collettivo, si sostituì la società anonima<sup>14</sup>.

Questo modello assicurava infatti due importanti vantaggi, il primo coincidente con la possibilità di emissione di azioni ed obbligazioni e quindi raccolta di capitali

---

<sup>9</sup> Sul tema si veda R. KOSELLECK *Gli inizi del mondo moderno* pag.128, 1997 ed. Vita e pensiero.

<sup>10</sup> In tal senso H.HEATON "Lo sviluppo dell'economia" in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol.X., pag. 23, Cambridge University press.

<sup>11</sup> In tal senso H.HEATON *Lo sviluppo dell'economia*, in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol. X., pag. 24, Cambridge University press.

<sup>12</sup> In tal senso H.HEATON *Lo sviluppo dell'economia*, in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol. X., pag. 24, Cambridge University press.

<sup>13</sup> In tal senso G.SABBATUCCI, V.VIDOTTO *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, pag.24, 2008, Laterza.

<sup>14</sup> In tal senso H.HEATON "Lo sviluppo dell'economia" in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol.X., pag. 47, Cambridge University press; G.SABBATUCCI, V.VIDOTTO *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, pag.24, 2008, Laterza



di rischio e finanziamento, il secondo derivante dalla responsabilità limitata al conferimento. Fu proprio l'attività legata alla collocazione delle azioni e delle obbligazioni di queste società, a diventare attività rilevante per le banche<sup>15</sup>. A ciò, si aggiunga, che tali banche erano solite stipulare contratti di cointeressenza con queste imprese di rilevanti dimensioni.

Rispetto a quanto si è precedentemente esposto, si può certamente riconoscere la complementarità caratterizzante, al momento genetico, le due forme cooperative elaborate in Germania alla metà dell'800. Tale carattere di complementarità non estendeva la sua incidenza solo all'interno del movimento cooperativo, cioè rispetto al rapporto tra banche popolari e casse rurali, ma anche e soprattutto rispetto al sistema delle grandi banche universali<sup>16</sup>. Queste forme cooperative, infatti, pur se declinate all'esercizio dell'attività bancaria, rappresentarono il frutto maturo del tentativo di neutralizzare i principali effetti negativi della industrializzazione, attraverso il pluralismo soggettivo bancario.

Si può quindi affermare che le visioni di questi due filantropi si mossero in una ottica rimediale rispetto alla marginalizzazione dei ceti meno abbienti, tanto in città rispetto agli industriali, quanto in campagna rispetto ai grandi proprietari terrieri.

In conclusione come riconosciuto dagli studiosi, lo sviluppo del sistema industriale, agricolo e più in generale economico della Germania<sup>17</sup> nell'Ottocento fu legato a filo doppio con lo sviluppo del sistema bancario, il quale seguì diverse direttive, non riducendosi al profilo delle sole banche miste di grandi dimensioni.

## **2) Le *Vorschusseverein* nel modello di Franz Hermann Schulze-Delitzsch**

Il concetto di banca popolare deve, come già detto, la propria genesi all'iniziativa di F. H. Schulze-Delitzsch e benché anche costui volesse emancipare i ceti più umili dal ricorso al credito usurario, non avendo questi ultimi alcuna possibilità di ottenere a prestito, per altra via, somme di denaro a tassi non usurari, optò per un modello differente da quello di F. W. Raiffeisen.

Per il teorico delle *associazioni di credito (Vorschusseverein)* a dover essere superata era la fallimentare logica della beneficenza. Gli istituti caratterizzati da tale impostazione più che di prestiti si occupavano infatti di sussidi, i quali raramente venivano restituiti. Basandosi sulle tesi di Bastiat, Schulze-Delitzsch affermò la necessità di educare la popolazione al principio dell'auto aiuto, unica strada possibile per poter migliorare la condizione delle classi più deboli, non competendo tale compito allo Stato o ad altra istituzione privata<sup>18</sup>.

In ottica solidaristica ma non assistenzialista il padre delle *Volksbanken* teorizzò associazioni di credito dotate di capitale sociale e vincolate all'erogazione di prestiti a favore soltanto dei soci. Schulze pur ritenendo fondamentale dotare di un capitale sociale l'istituto attraverso i conferimenti dei soci, non escludeva la raccolta di depositi anche da terzi, purché limitata al triplo del capitale. Per il

---

<sup>15</sup> In tal senso H. HEATON "Lo sviluppo dell'economia" in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol.X., pag. 48, Cambridge University press; G. SABBATUCCI, V. VIDOTTO *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, pag.25, 2008, Laterza

<sup>16</sup> In tal senso R. TILLY, *La banca universale in una prospettiva storica: l'esperienza tedesca*, in Banca, impresa, società, 1990.

<sup>17</sup> Per approfondimenti R. TILLY, *Germania 1815-1870*, in R. Cameron, *Le banche e lo sviluppo del sistema industriale*, pag 165-205, Bologna, 1975

<sup>18</sup> L'influsso del pensiero liberale si evidenzia fortemente nell'impostazione del principio di auto responsabilità dei ceti deboli per la propria condizione sociale.

suddetto dovevano poi essere concessi prestiti a bassi tassi d'interesse ed in cambio di garanzia solo personale. Infine, per evitare condotte non ponderate, rivendicava la necessità di una responsabilità illimitata di soci.

## 2.1 La natura delle popolari

In Germania le banche popolari nacquero come associazioni di credito, il che pose il problema di verificare la capacità, di queste stesse, di assumere obbligazioni ed acquisire diritti nonché di agire in giudizio per la relativa tutela, non essendoci una normativa positiva che riconoscesse loro tali poteri. Il problema trovò apposita risoluzione solo con la legge Prussiana del 27 Marzo 1867<sup>19</sup> che ebbe il merito di superare le discussioni relative alla possibilità di ricondurre i predetti enti nelle strutture societarie di natura commerciale, riconosciute dal codice commerciale tedesco del 1861. Si negò, in tal modo, la riconducibilità delle banche popolari nell'archetipo delle società commerciali, seguendo l'insegnamento Schulziano della carenza di professionalità per la non assimilabilità dei prestiti ai propri associati agli atti di commercio<sup>20</sup>.

## 2.2 La partecipazione sociale ed il voto capitario

La partecipazione sociale, nella visione di Schulze, risultava essenziale per poter ottenere a prestito somme di denaro, infatti solo i soci potevano ottenere prestiti a seguito dell'acquisto di quota partecipativa. Potrebbe apparire un controsenso l'affermazione del principio secondo il quale, per ottenere un prestito il soggetto disagiato dovesse prima versare denaro, tuttavia nella logica Schulziana, tale previsione rispondeva alla esigenza educativa imposta dal principio di auto responsabilità. Secondo Schulze, l'uomo capace di aiutare se stesso attraverso l'acquisto della partecipazione, dimostrava la capacità di poter restituire la somma erogatagli. Per il fondatore le *Vorschusseverein* non dovevano essere assimilate ad istituti di beneficenza seppur basate sul principio di solidarietà, per cui essenziale era la dimostrazione empirica, attraverso l'acquisto della quota, delle potenzialità del soggetto di onorare il prestito alla scadenza<sup>21</sup>.

Le quote di partecipazione, nella impostazione Schulziana, dovevano poi essere di eguale entità onde evitare la formazione di posizioni egemoni all'interno della banca. Nelle elaborazioni di Schulze, elemento caratterizzante il modello, era proprio il riconoscimento in capo a tutti i soci dei medesimi diritti ed obblighi. Si consideri infatti che la partecipazione agli utili, sotto forma di dividendi e non ristorni, era proporzionale alla partecipazione sociale e quindi il riconoscimento della possibilità di prevedere la formazione di quote di diversa entità, avrebbe determinato squilibri nei rapporti interni alla compagine sociale con il pericolo di una conseguente neutralizzazione dei fini sociali dalla stessa perseguiti<sup>22</sup>.

Per essere precisi, proprio in funzione di incentivazione al risparmio e al versamento dell'intero conferimento, la partecipazione agli utili era sì proporzionale alla quota, ma a quella effettivamente versata e non a quella sottoscritta.

---

<sup>19</sup> Preussisches Genossenschaftsgesetz, cioè la legge sulle società cooperative.

<sup>20</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag. 95 e ss.

<sup>21</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.68

<sup>22</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.170/171

Nella stessa logica si muoveva il riconoscimento del voto capitario espressione proprio della impostazione democratica immaginata da Schulze nella strutturazione dei rapporti in seno alla società e volta ad impedire la formazione di posizioni di egemonia da parte dei soci più patrimonializzati.

### 2.3 La porta tendenzialmente aperta

Fu il principio di solidarietà la ragione del carattere tendenzialmente aperto di questi istituti, la cui conseguenza sul piano pratico, si esplicava attraverso il riconoscimento della possibilità di entrare a far parte della compagine e della corrispondente possibilità di uscirne una volta venuta meno l'esigenza di credito. Secondo Schulze questo principio non implicava però che per l'ingresso all'interno della associazione di credito fosse sufficiente la mera sottoscrizione dello statuto o del contratto sociale, essendo invece essenziale la dichiarazione di accoglimento dell'istituto. L'accesso incondizionato avrebbe infatti aperto le porte all'ingresso, nelle file sociali, di soggetti aventi scopi e finalità non coerenti con quelli della banca<sup>23</sup>.

In tale ottica la decisione rispetto all'ingresso doveva essere lasciata alle presidenze o ai comitati in prima istanza, e all'assemblea in caso di gravame. Sempre in tale ottica si spiegava poi il riconoscimento del potere di esclusione riconosciuto, anche in prima istanza, all'assemblea.

Dalla tendenziale apertura conseguiva anche il riconoscimento della facoltà di recesso volontario riconosciuta ai soci. Questo non significava però affermare la libertà del soggetto di recedere ad nutum, cioè come effetto immediato di semplice richiesta. Per esigenze di stabilità dell'istituto, il recesso poteva essere effettuato solo dopo un congruo lasso di tempo idoneo a non esporre l'istituto a difficoltà di natura patrimoniale. Nella sostanza era affermato la necessità di preavviso effettuato nel rispetto di un termine temporalmente congruo.

Il recesso o l'esclusione non intaccavano però la responsabilità solidale ed illimitata dell'escluso e del receduto per i debiti assunti fino al momento di scioglimento del vincolo sociale.

### 2.4 La responsabilità solidale ed illimitata dei soci

La raccolta dei capitali necessari per l'esercizio dell'attività bancaria, nel modello schulziano, non era però limitata ai soli contributi in denaro versati dai soci per poter far ingresso in società, essendo questi considerati insufficienti rispetto allo scopo<sup>24</sup>.

Schulze affermava infatti, la necessità di raccogliere capitali in prestito da parte di terzi, ed è proprio per poter ottenere tali somme a prestito da terzi che il teorico del modello ritenne opportuno stabilire una responsabilità solidale ed illimitata dei soci. In tal modo, soggetti che autonomamente non avrebbero avuto possibilità di ottenere prestiti, non avendo altra ricchezza che non fosse il proprio lavoro, attraverso la banca popolare ed in conseguenza della loro responsabilità illimitata e solidale, erano posti nelle condizioni di far ottenere erogazioni di prestiti a favore della stessa.

---

<sup>23</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.103 ss.

<sup>24</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.117

Nell'ottica Schulziana era infatti da negarsi, per una pluralità di ragioni, l'opportunità di optare per un sistema incentrato sulla responsabilità limitata dei soci, ed in primis per la maggiore difficoltà a reperire i capitali necessari al fine di poter concedere credito a favore delle classi meno abbienti.

La diatriba, sorta sul punto, con coloro i quali invece sostenevano la necessità di limitare la responsabilità al conferimento, derivava secondo Schulze da un errore qualificatorio di fondo, essendo necessario, a suo parere, distinguere le associazioni di credito dalle associazioni di capitalisti declinate nella forma delle società per azioni.

Schulze affermava infatti che l'associazione di capitalisti raccoglieva capitali per realizzare grandi imprese, che dal punto di vista economico erano insostenibili per il singolo e rispetto alle quali i singoli capitalisti, accettavano di partecipare solo in virtù di un rischio limitato al conferimento. In tal modo i capitalisti, pur mirando al guadagno dell'impresa, si assoggettavano però ad un rischio preventivamente determinato dall'importo del conferimento.

Nelle associazioni di credito, mancando il capitale, erano le persone a dover sostenere l'impresa con la propria responsabilità solidale ed illimitata.

Il beneficio della limitazione della responsabilità rinvenendo il suo fondamento nell'esistenza di un reale e consistente patrimonio destinato all'impresa, non poteva quindi essere esteso alle banche popolari essendo sprovviste, almeno al momento della nascita, di un patrimonio idoneo a farle accedere a tale beneficio, in virtù della entità modesta del conferimento.

Con il beneficio della responsabilità limitata, secondo Schulze, non sarebbe stato facile raccogliere prestiti dai terzi e non si sarebbe educata la compagine sociale alla prudenza, alla tutela e alla valorizzazione dell'interesse comune. Si attribuiva, quindi alla responsabilità solidale anche una funzione di moralizzazione.

In sintesi nell'ottica schulziana era essenziale, almeno inizialmente<sup>25</sup> e per la pluralità di ragioni precedentemente esposte, che fossero i soci solidalmente con tutto il loro patrimonio personale a rispondere dei debiti in caso di incapacità dell'unione e cioè di insufficienza del fondo di riserva e delle quote di conferimento sociali<sup>26</sup>.

## 2.5 I prestiti a favore dei soci

Schulze era tendenzialmente contrario alla concessione di prestiti di somme troppe elevate, ritenendo fosse opportuno che l'associazione di credito partisse con prestiti di piccola entità per poi, eventualmente e gradualmente, aumentarne gli importi in base all'andamento degli affari. In via di semplificazione, il

---

<sup>25</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.127.

<sup>26</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.173-174 in cui si afferma che "le quote e le azioni dai soci depositate nella cassa dell'unione, costituiscono il fondo che serve ad assicurare le obbligazioni assunte dall'unione, e sono perciò dai soci poste a tutela dell'impresa sociale, così che devono rispondere ai diritti dei creditori della unione, se nelle perdite sofferte i suoi debiti superino la somma del suo denaro contante e le sue attività. Sotto questo aspetto le quote d'interesse hanno indole d'azione; per la quale cosa sarà da porre nello statuto la determinazione seguente: esaurito il fondo di riserva, si provvede a tutte le perdite del negozio sociale colle quote di conferimento dei soci, e soltanto se queste non basti a pagare tutti i debiti dell'unione, per loro vincolo solidale, i soci sono chiamati a soddisfare pienamente i creditori con il loro patrimonio privato".

ragionamento, sotteso alle predette affermazioni, era riconducibile ad una duplice esigenza, in primis la necessità di non eccedere nei prestiti rispetto alla propria iniziale capacità, in secondo luogo dalla imprescindibilità della tutela degli scopi perseguiti dal modello, che non potevano e non dovevano essere sovvertiti<sup>27</sup>. Lo scopo delle Volksbanken non era infatti equiparabile a quello delle banche universali, in quanto volte a servire non la grande impresa ma a soddisfare le esigenze di credito di quelle classi escluse in tutto o in parte da questo sistema di finanziamenti.

Sono questi i motivi per i quali Schulze era tendenzialmente contrario all'ingresso in società di imprenditori di rilevanti dimensioni, le cui richieste di prestiti di notevoli entità, avrebbero potuto determinare gravi perdite e di conseguenza mettere a rischio il fine ultimo perseguito da questi istituti.

I prestiti oltre a dover essere di entità contenuta e proporzionati rispetto alle capacità dell'ente, dovevano essere caratterizzati anche da un breve termine. Schulze sosteneva che la determinazione dei termini dovesse essere coerente con la necessità di non pregiudicare le casse dell'associazione di credito, non potendo, di conseguenza, essere concessi crediti per termini superiori rispetto a quelli concessi alla banca dai suoi creditori. Si ammetteva, tuttavia, la possibilità che i termini fossero prolungati per necessità motivate e nel rispetto della necessaria tutela delle casse sociali.

---

<sup>27</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871. pag.232 e ss,

### 3) Le banche popolari nell'esperienza italiana

L'importazione del modello della banca popolare in Italia, fu inscindibilmente connessa a due personaggi: Francesco Viganò e Luigi Luzzati<sup>28</sup>.

L'importazione fu sorretta dalle medesime ragioni storiche che ne determinarono la nascita in Germania cioè dall'esigenza di limitare il fenomeno usurario e di aprire i "rubinetti" del credito anche a favore di soggetti privi delle garanzie necessarie per poter ottenere prestiti dalle grandi banche.

L'operazione di trapianto in Italia non fu però asettica ed integrale, infatti proprio per rendere il modello coerente con le peculiarità sociali della penisola, furono fortemente incisi alcuni caratteri del prototipo tedesco cioè quello della responsabilità illimitata e solidale dei soci e quello della ripartizione del capitale in quote di grosso taglio. Il modello Italiano sin dall'origine fu quindi caratterizzato da un responsabilità limitata al valore del conferimento e dalla ripartizione del capitale in azioni di piccolo taglio<sup>29</sup>.

#### 3.1 La responsabilità limitata e l'autonomia statutaria nel Codice di Commercio del 1865

La banca popolare sin dal suo ingresso nel panorama bancario italiano, diversamente da quanto avvenne in Germania, si declinò nelle forme della società anonima per azioni<sup>30</sup>. Tale scelta fu dettata dalla esigenza di riconoscere personalità giuridica a tali enti, essendo questa ritenuta necessaria per far sì che le banche in questione potessero assumere obbligazioni, acquisire la titolarità di diritti e poi poterli tutelare giudizialmente<sup>31</sup>. In realtà, questa non fu che la principale ragione teorica sottesa a tale opzione, alla quale però deve affiancarsi anche la volontà di garantire ai soci una responsabilità limitata al conferimento.

La riconduzione delle banche popolari al modello societario commerciale, ebbe come naturale conseguenza, quella di sottoporle alla disciplina del codice di commercio. Tale sottoposizione pur non implicando la totale depurazione dei principi maggiormente caratterizzanti il prototipo tedesco, ebbe però come effetto il riconoscimento di un notevole ambito di operatività all'autonomia statutaria, essendo delegata alla stessa la caratterizzazione in senso popolare delle società attraverso la predisposizione, in quella sede, delle principali regole organizzative dell'ente<sup>32</sup>.

L'assenza di una apposita disciplina normativa del fenomeno ha quindi fortemente condizionato la traslazione dell'archetipo teutonico nel nostro ordinamento. Se infatti da un lato la soggezione alle regole codicistiche aveva determinato l'assunzione della autonomia statutaria a baricentro del sistema, dall'altro aveva però sottoposto le banche popolari alle regole di delimitazione dell'autonomia dallo stesso previste per le società anonime. Si pensi ad esempio al principio della porta aperta che, nella traduzione del modello nel nostro

---

<sup>28</sup> Per approfondimenti si rinvia a R. ZANGHERI, G. GALASSO, V. CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia: la Lega nazionale delle cooperative e mutue, 1886-1986*, G. Einaudi, 1987

<sup>29</sup> Sul punto si veda la voce "Banca popolare" in *Enciclopedia italiana*, Vol. VI, pag.47, 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma.

<sup>30</sup> G.FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, pag. 63, Milano, 1877.

<sup>31</sup> In tal senso A.POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano: stato, banche e banchieri dopo l'Unità*, pag. 200

<sup>32</sup> G.ROMANO, *Dalla volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *Ianus* n.9/2013, pag. 201.

ordinamento, perse quella funzione di propulsore dinamico e di sviluppo del sistema popolare anche e soprattutto in virtù della previsione codicistica che statuendo la necessaria fissità della cifra del capitale sociale, nei fatti ne ostacolava la variabilità<sup>33</sup>. L'art. 135 del cod. comm. 1865 prevedeva infatti che al momento della costituzione, il capitale doveva essere sottoscritto per i 4/5 e di conseguenza individuato nel suo preciso ammontare<sup>34</sup>. L'autorizzazione governativa, richiesta per le società anonime venne infatti sistematicamente negata, almeno dal 1866, ogni qual volta mancasse l'individuazione esatta della cifra del capitale<sup>35</sup>.

Come dimostrato dalla statistica elaborata dal MAIC nel 1876, gli istituti popolari del tempo, avevano assecondato tendenze denaturanti prevedendo ad esempio azioni al portatore e non imponendo limiti alla partecipazione e riconoscendo diritto di voto proporzionale al conferimento. Queste forse non furono le principali deviazioni, considerando il fatto che molti istituti avevano azioni quotate ed emettevano obbligazioni, riconoscevano dividendi in funzione remunerativa del conferimento e non subordinavano l'acquisto della qualità di socio al possesso di requisiti specifici<sup>36</sup>.

Mancando quindi una disciplina positiva, fu attraverso il sindacato governativo<sup>37</sup> introdotto proprio dal codice del 1865, per assicurare un controllo costante sulle società volto a garantire la tutela dei soci e dei creditori oltre che l'osservanza della legge, che si tentò di porre paletti delimitativi del sistema delle popolari. Si cercò, in tal modo, di arginare la deriva che stava portando ad un progressivo snaturamento dell'istituto rispetto al paradigma originario e che pur non risolvendo la complessa questione del difficile rapporto tra forma e sostanza, ne attenuò le criticità.

Questo tentativo non durò molto, essendo stato sostituito il sindacato governativo dal R.D. n. 5256/1869 che all'art.1 istituiva gli uffici provinciali di ispezione composti da Prefetto e due membri della Camera di Commercio, a sua volta soppressi dal Codice del Commercio del 1882, che abolì la vigilanza governativa sulle società anonime<sup>38</sup>.

### 3.2Capitale sociale, azioni, depositi

All'origine le banche popolari istituite in Italia, ebbero dimensioni contenute essendo dotate di piccoli capitali sociali suddivisi in azioni di piccolo taglio, quest'ultima fu caratteristica specifica dell'esperienza italiana, che ebbe poi conferma normativa anche con l'entrata in vigore del codice di commercio del 1882 che dispose, per le cooperative all'art. 224, l'obbligo di azioni nominative di valore nominale inferiore alle lire 100.

---

<sup>33</sup> A.POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano: stato, banche e banchieri dopo l'Unità*, pag. 206,

<sup>34</sup> L.BORSARI, *Il codice di commercio del regno d'Italia annotato dal cavaliere Luigi Borsari* pag.430 s.s., Torino, Società l'Unione Tipografico-Editrice, 1868, pag.430 ss. (annotazione all'art.135).

<sup>35</sup> G.FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, pag. 72, Milano, 1877.

<sup>36</sup> G.ROMANO, *Dalla volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *lanus* n.9/2013, pag. 219.

<sup>37</sup> G.FERRI, *Le società commerciali nel Codice di Commercio del 1865 in Studi per il centenario dell'unificazione legislativa italiana 1865-1965*, Giunti, 1968, pag.47.

<sup>38</sup> A.PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Cedam, 2008,

L'impostazione iniziale fu quantomeno coerente con le premesse teoriche ispiratrici del modello tedesco, seppur con alcuni adeguamenti al contesto italiano.

Non a caso nel momento genetico, cioè quello della importazione del prototipo, tali banche non solo rispettarono in modo puntuale il principio della mutualità, per cui i prestiti furono destinati esclusivamente ai soci, ma statutariamente destinarono una rilevante percentuale degli utili a riserva, ricorrendo al risconto cambiario, presso altri istituti, solo quando i depositi non bastassero a soddisfare le domande di prestito dei soci. Proprio perché dotate di capitali sociali di modeste entità, furono previsti negli statuti, in ossequio al modello ispiratore, clausole volte a garantire e agevolare la possibilità di ingresso di nuovi soci e di uscita dei vecchi.

I depositi, inizialmente molto contenuti, assunsero con il passare del tempo dimensioni rilevanti, infatti in un'ottica di espansione sul mercato si incominciarono a raccogliere depositi anche da parte dei non soci, ciò contribuì ad una eccedenza di liquidità rispetto alle richieste di prestiti dei soci in periodi caratterizzati da contrazione della domanda. Fu tale situazione a spingere molte banche popolari ad aprire i rubinetti del credito anche ai non soci con conseguente ridimensionamento dell'intento mutualistico, riducendo, secondo alcuni, tali enti ad istituti volti ad erogare credito nella medesima zona in cui la ricchezza, raccolta sotto forma di risparmio, si era formata.

Il ridimensionamento dello scopo mutualistico, portò quindi a modifiche statutarie volte ad innalzare i limiti al possesso azionario da parte dei singoli in modo da consentire una maggiore patrimonializzazione di tali banche attraverso l'ingresso di soci ben più facoltosi rispetto agli originari piccoli commercianti ed artigiani, ormai sempre più disposti ad investire in tali banche per i notevoli risultati raggiunti.

Al rapido aumento dei capitali sociali di tali istituti, derivante dall'affermarsi delle tendenze centrifughe suesposte, seguì poi una altrettanto rilevante spinta centripeta alla chiusura e alla concentrazione delle azioni in capo a pochi soggetti. Incominciarono a susseguirsi infatti aumenti di capitale a pagamento che contribuirono ad accentuare la trasformazione delle banche popolari in istituti ben capitalizzati e tendenti a stemperare anche il principio della porta aperta.

Tale ricostruzione fotografava un tendenza generale non avente ovviamente valenza assoluta, essendo questi solo i tratti più comuni del fenomeno e relativi soprattutto alle banche popolari di dimensioni più rilevanti, dove si verificarono, almeno apparentemente, le più incisive difformità rispetto ai paradigmi del modello.

### 3.3 L'elemento di difformità rispetto al modello tedesco

Molte delle presunte divergenze rispetto al modello tedesco fin qui esposte non sono però dirimenti ai fini della valutazione della natura spuria delle banche popolari italiane, essendo elementi compresenti e caratterizzanti anche l'esperienza tedesca. Elementi di lucro erano, a ben vedere, caratterizzanti anche delle banche popolari tedesche ove era ammessa, tanto l'attività di raccolta del



risparmio presso i non soci, quanto l'attività di erogazione del credito a favore di questi<sup>39</sup>.

A ciò si aggiunga che la partecipazione della borghesia alle banche popolari non fosse una neutralizzazione del concetto di "volks", non essendo pensate come banche esclusivamente operaie ma come strumento di accesso al credito di soggetti normalmente esclusi, la cui compagine sociale non poteva essere ridotta alla sola classe operaia, le cui precarie condizioni economiche avrebbero reso difficilmente sostenibile l'attività bancaria nella penisola<sup>40</sup>. In ogni caso si deve poi notare che la divisione del capitale in azioni di piccolo taglio, elemento caratterizzante l'esperienza italiana, incentivasse ben più che nel modello originario la partecipazione della classe operaia.

Non costituisce quindi una differenza realmente rilevante tra il modello tedesco e la trasposizione dello stesso nell'ordinamento italiano, la maggiore disomogeneità della compagine sociale derivante dalla maggiore partecipazione della borghesia conseguente alla limitazione di responsabilità. A conferma di ciò si consideri che il fenomeno dell'imborghesimento della compagine sociale caratterizzò anche il modello proveniente dalla Germania<sup>41</sup>.

Quello che molti autori hanno sottolineato è che il reale elemento di difformità delle banche popolari italiane fosse proprio la responsabilità limitata, conseguenza della opzione per la società anonima per azioni<sup>42</sup>.

Tale scelta fu ispirata dalla necessità di assicurare capitali adeguati alla funzione da svolgere da parte del nascente modello, difficilmente infatti la borghesia avrebbe partecipato ad una simile impresa se non avesse goduto del beneficio della limitazione della responsabilità al conferimento<sup>43</sup>.

Nel giudizio di bilanciamento tra la necessità di salvaguardia della purezza del principio di mutualità e la necessità di assicurare l'idoneità funzionale del modello a sopravvivere sul mercato, si privilegiò il secondo profilo. Certamente infatti la responsabilità illimitata e solidale dei soci poteva garantire l'ingresso nella compagine sociale di soggetti mossi da intenti tutt'altro che speculativi e cioè dall'esigenze di credito altrove non soddisfatte e disposti quindi ad assumere il rischio della responsabilità illimitata per soddisfare il bisogno di liquidità, ma a differenza della responsabilità limitata, avrebbe comportato una minore propensione alla crescita tutta connessa alle difficoltà di costituire una consistente patrimonio a garanzia dei terzi.

### 3.4 Il codice del commercio 1882

A differenza del codice del commercio del 1865 quello del 1882 nel titolo IX sez. VII, dettava disposizioni riguardanti le società cooperative. La disciplina in commento era però tutta incentrata sul profilo organizzativo, derivante dalla

---

<sup>39</sup> Almeno fino alle legge sulle cooperative del 1 Maggio 1889 (Geng), quando furono vietate le operazioni con i terzi, la cui disciplina non fu però rigorosa al di là del dichiarato divieto. Per approfondimenti G.ROMANO, *Dalla volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *lanus* n.9/2013, pag.224 .

<sup>40</sup> F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871, pag.106/7

<sup>41</sup> In tal senso L.LUZZATI, *Delle Unioni di credito di Schulze Delitzsch*, Venenzia,1871, pag. 47.

<sup>42</sup> G.ROMANO, *Dalla volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *lanus* n.9/2013, pag. 227 e ss.

<sup>43</sup> In tal senso LUZZATI, *Delle Unioni di credito di Schulze Delitzsch*, Venenzia,1871, pag. 37.

opzione statutaria per la società cooperativa, non dettando invece alcuna disposizione limitativa del profilo funzionale<sup>44</sup>. Questa disciplina non prevedeva cioè alcuna norma che imponesse il perseguimento dello scopo mutualistico, né sotto forma di limitazione all'attività svolta a favore dei non soci<sup>45</sup>, né sotto forma di destinazione del patrimonio sociale a quello scopo.

Non essendo imposto alcuno scopo, alle società cooperative, in virtù del rinvio contenuto nell'art.219, si applicavano le norme dettate per il tipo di società commerciale prescelto, tra quelli previsti dall'art.76, salvo che per la necessaria previsione di un capitale nominale variabile e del voto capitaro<sup>46</sup>.

Secondo una vasta schiera di studiosi, fu così normativamente giustificato un prototipo societario caratterizzato da forte scollatura tra forma e sostanza. Alla forma di società cooperativa non corrispondeva cioè necessariamente un sostanza mutualistica, non avendo il codice imposto il perseguimento di tale scopo. Questo consentì, secondo taluni, l'affermarsi della cooperazione c.d. spuria, la cui più evidente espressione nel settore del credito si realizzò con le banche popolari caratterizzate da un ibrida convivenza tra mutualismo e lucro<sup>47</sup>.

Il codice di commercio del 1882 benché riconoscesse ex art.219 la possibilità di costituire banche popolari attraverso la libera scelta dello schema societario all'interno delle opzioni riconosciute dall'art.76, in realtà esprimeva una chiara preferenza per la società anonima<sup>48</sup> come si evinceva dall'art. 221 comma 1 ove si prevedeva che le cooperative fossero *“sempre soggette alle disposizioni riguardanti le società anonime, quanto alla pubblicazione dei loro atti costitutivi e dei posteriori cambiamenti, e quanto alle obbligazioni ed alla responsabilità degli amministratori”* e dal comma 3 che riteneva applicabili anche le norme *“riguardanti le assemblee generali, il bilancio, i sindaci e la liquidazione delle società per azioni in quanto non diversamente provveduto negli articoli seguente o nell'atto costitutivo”*<sup>49</sup>.

Altra norma rilevante del codice del 1882 risultava poi l'art. 224 che oltre ad imporre la nominatività delle azioni, prescrivendo che il valore nominale delle singole azioni non potesse essere superiore alle lire 100, si poneva in continuità con l'insegnamento di Luzzati secondo il quale, la necessità di adeguare il modello alla peculiarità caratterizzanti la penisola, rendeva essenziale la suddivisione del capitale sociale in azione di piccolo taglio<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> G.ROMANO, *Le Banche popolari nel Codice di commercio del 1882: consolidamento e primi sviluppi del modello*, in Appunti di una ricerca sulle Banche popolari: storia e legislazione II, Luiss, 2015, pag.4 ove si afferma che: *“col Codice di commercio del 1882 compariva, per la prima volta nella storia dell'ordinamento italiano, una disciplina organica dell'istituto cooperativo, disciplina la cui più evidente caratteristica, tuttavia, fu quella di aver voluto rinunciare a fornire una qualsivoglia definizione che alla società cooperativa fosse in grado di imprimere una propria specifica connotazione di rilievo sostanziale, di modo che, su di un piano funzionale innanzitutto, questa potesse essere differenziata in maniera chiara dalle altre forme di società commerciali contemplate dallo stesso codice”*.

<sup>45</sup> G.BONFANTE, *La legislazione cooperativa. Evoluzioni e problemi*, Milano, 1984, pag.28.

<sup>46</sup> F.BELLI, *Spunti e riflessioni sull'evoluzione della legislazione in materia cooperativa*, in Osservatorio Regionale Toscana sulla Cooperazione, *Le opportunità del nuovo diritto societario per le imprese cooperative*, Firenze, 2005, p.10

<sup>47</sup> U.GOBBI, *I caratteri giuridici della cooperazione*, in *Monit. trib.*, 1894, p.601.

<sup>48</sup> G.BONFANTE, *La legislazione cooperativistica in Italia dall'Unità ad oggi*, a cura di Giulio Sapelli, in *Il movimento cooperativo in Italia*, Torino, Einaudi, 1981, p.195

<sup>49</sup> Per approfondimenti sul tema E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, 1889, p.366,

<sup>50</sup> M.PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, Roma, 1997, p.13

Questa previsione veniva poi bilanciata da un valore nominale molto alto, (pari a lire 5000) imposto come limite massimo di partecipazione complessiva di un soggetto al capitale sociale e mutuato dallo Statuto della Banca Popolare di Milano<sup>51</sup>.

Tali previsioni normative erano chiaramente espressione delle peculiarità del modello italiano ed in particolare della volontà di assicurare a tali banche una compagine sociale quanto più variegata possibile in modo da salvaguardare la duplice anima delle stesse, da un lato quella mutualistica e dall'altro quella lucrativa. Le suddette previsioni si dimostrarono palesemente coerenti con la doppia anima, tanto lucrativa quanto mutualistica, volta a garantire la sopravvivenza e la crescita del modello popolare, attraverso la costituzione di una compagine sociale comprensiva tanto di coloro che erano interessati alla soddisfazione di esigenze di liquidità, quanto di coloro che miravano alla sola remunerazione del capitale investito<sup>52</sup>.

L'art. 220 prevedeva che fosse lo statuto ad indicare le condizioni di ammissione di nuovi soci, nonché le condizioni di recesso e di esclusione dei soci. Tuttavia mentre il principio della porta aperta pareva confermato in fase di ingresso, essendo imposto all'autonomia statutaria, l'indicazione delle condizioni di ammissione dei nuovi soci (art. 221, c. 2)<sup>53</sup>, quanto alla fase di uscita attraverso recesso, sorgevano maggiori perplessità stante la previsione dell'art.226 che attribuiva allo statuto la possibilità di riconoscere o meno il diritto di recesso ai soci<sup>54</sup>. Questa limitazione era da considerarsi come un contrappeso rispetto al riconoscimento della rilevanza dell'elemento lucrativo in tali società e quindi allo spazio riconosciuto ad investitori animati da scopi speculativi. Tale disposizione consentiva di porre in essere in sede statutaria, attraverso il mancato riconoscimento della possibilità di recesso<sup>55</sup>, un argine a condotte speculative fortemente dannose specialmente per enti caratterizzati da capitale sociale variabile.

La storia conferma che gli statuti delle popolari riconoscevano raramente il recesso, ma tale impedimento fu bilanciato dalla previsione codicistica contenuta nell'art. 224 c.2 che consentiva la cessione libera delle azioni ove le stesse fossero integralmente liberate mentre in caso opposto, previa autorizzazione del consiglio di amministrazione o dell'assemblea. In tal modo si componevano contrapposte esigenze, cioè quella del socio di dismettere la partecipazione, con quella della società ad avere un capitale ed un patrimonio stabile ed adeguato agli scopi sociali in coerenza con la natura di "imprese miste di cooperazione e speculazione"<sup>56</sup>.

In funzione anti speculativa, si muoveva anche la previsione di cui all'art.226 c.2 che prevedeva, per i casi in cui lo statuto avesse riconosciuto il recesso al socio, che la dichiarazione di recesso, per poter essere operativa per la fine dell'anno

---

<sup>51</sup> M.PIPITONE, *Le banche popolari dal Codice di commercio alla legislazione del 1948*, in *Cred. Pop.*, 1996, p.83.

<sup>52</sup> G.ROMANO, *Le Banche popolari nel Codice di commercio del 1882: consolidamento e primi sviluppi del modello*, in *Appunti di una ricerca sulle Banche popolari: storia e legislazione II*, Luiss, 2015, pag.22

<sup>53</sup> U.GOBBI, *Recesso convenzionale e recesso legale nelle società a responsabilità limitata*, in *Mon. trib.*, 1912

<sup>54</sup> U.GOBBI, voce *Cooperazione*, in *Nuovo Dig. It.*, Vol. IV, Torino, 1938, pag. 221

<sup>55</sup> Il mancato riconoscimento in sede statutaria delle ipotesi di recesso non escludeva comunque l'applicabilità del recesso per le ipotesi di cui all'art.158.

<sup>56</sup> U.GOBBI, *I caratteri giuridici della cooperazione*, in *Monit. trib.*, 1894, 601.

in corso, dovesse essere esercitata prima dell'inizio dell'ultimo trimestre dell'anno pena estensione del vincolo anche per l'anno successivo. La logica sottesa a tale norma, era quella di evitare che un soggetto potesse decidere di esercitare il recesso nell'ultimo trimestre, dopo averne valutato la convenienza alla luce del bilancio dell'anno precedente<sup>57</sup>.

A scopo altrettanto anti speculativo pareva orientato anche l'art. 227 che prevedeva, per gli affari conclusi fino al giorno in cui il recesso diveniva efficace, la permanenza della obbligazione del socio receduto verso i terzi per il periodo di due anni, seppur nei limiti della responsabilità stabilita dall'atto costitutivo.

Quindi benché fosse assente una subordinazione teleologica allo scopo mutualistico ed implicitamente persistessero, nel migliore dei casi, una duplicità di scopi, dall'analisi della normativa si evidenziavano comunque la presenza di correttivi in funzione antispeculativa.

### 3.5 L'istituzione della Banca d'Italia e le leggi bancarie del '26 e del '36

Nell'agosto del 1893, la legge n. 449, autorizza la creazione della Banca d'Italia<sup>58</sup> mediante la fusione fra la Banca Nazionale nel Regno d'Italia, la Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di Credito, ridefinendo così il sistema degli istituti con la facoltà di emissione monetaria<sup>59</sup>. Gli istituti di emissione riconosciuti si ridussero a tre cioè alla Banca d'Italia, al Banco di Napoli ed al Banco di Sicilia. Accanto a tale funzione la Banca d'Italia ne assunse altre sempre di natura pubblica o comunque di interesse pubblico come quella di tesoreria statale e di salvataggio bancario, che definirono il nucleo primordiale delle sue competenze, e che posero le basi per il suo evolversi nella banca centrale dello Stato italiano.

La funzione di salvataggio assunse, ben presto, dimensioni particolarmente rilevanti, in quanto la sua nascita coincise con il propagarsi della crisi della banca mobiliare<sup>60</sup> e con la conseguente affermazione del modello della banca mista<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> U.NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* Vol. V, Torino, 1921, pag. 24

<sup>58</sup> La Banca d'Italia nasce come risposta allo scandalo della Banca Romana assumendosi l'onere della relativa liquidazione.

<sup>59</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.36.

<sup>60</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.45/46 in cui si afferma che "alla fine di agosto 1893 manifesta forti difficoltà il Credito Mobiliare, mentre a metà gennaio 1894 la Banca Generale chiede la moratoria. Questi due grandi istituti, come si è visto, sono attivi nella compravendita di azioni e obbligazioni e assistono le grandi imprese nel collocamento di capitale di rischio. Al Credito Mobiliare fanno capo le Acciaierie Terni (maggior impresa siderurgica del paese), gran parte dell'industria saccarifera, alcune compagnie di navigazione, l'immobiliare Risanamento Napoli, mentre la Banca Generale finanzia massicciamente, fra le altre, le società ferroviarie. Quando scoppia la bolla immobiliare queste due banche iniziano a registrare forti perdite e reagiscono sia spostando gradualmente la loro attività verso la raccolta di depositi (anche attraverso l'acquisizione di piccole banche di deposito e sconto) che acquistando i pacchetti azionari delle società debtrici al fine di sostenerle. Ciò non vale però a scongiurare il loro crollo, i cui effetti vengono anzi aggravati."

<sup>61</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.49 in cui si afferma che "con questo termine si intende in generale un intermediario bancario che, dal lato del passivo, raccoglie risparmi ed emette titoli di capitale di rischio e, da quello dell'attivo, concede credito sia a breve che a lungo termine. La Banca Commerciale Italiana viene costituita a Milano con capitali prevalentemente tedeschi nell'ottobre 1894. Nel febbraio 1895 nasce invece il Credito Italiano da un aumento di capitale della Banca di

Anche questo ben presto mostrò le sue deficienze, specialmente in seguito alla crisi monetaria internazionale del 1907<sup>62</sup>, redendo così palese non solo l'assenza di adeguati controlli sul sistema borsistico<sup>63</sup> ma anche la necessità di definire un quadro di controlli sul sistema bancario italiano.

Per circa due decenni, vennero portati avanti progetti di riforma<sup>64</sup> che puntualmente fallirono non trovando conversione in dato normativo positivo, ma che furono utili a preparare il campo alla legge bancaria del 1926<sup>65</sup>. La legge bancaria del 1926<sup>66</sup> ebbe il merito di prevedere una disciplina generale valevole per tutti gli istituti bancari, dando vita ad uno statuto speciale, per gli istituti di credito, che si affiancava alla disciplina del Codice di Commercio.

La legge bancaria diede poi vita ad un sistema di vigilanza che metteva al centro il Ministero delle Finanze a cui si affiancava in funzione consultiva la Banca d'Italia<sup>67</sup>, alla quale era però attribuito il monopolio nella emissione della moneta<sup>68</sup>. Molto rilevanti furono anche le previsioni impositive di un capitale minimo, di obblighi di investimenti in titoli di stato, di limiti di fido per singoli operatori, l'obbligo di inviare alla Banca d'Italia i bilanci e situazioni periodiche, nonché il riconoscimento alla Banca d'Italia del potere di emanare provvedimenti sanzionatori di natura pecuniarie per la violazione delle normative<sup>69</sup>. Non era invece riconosciuta alla Banca d'Italia un potere di normazione secondaria, anche se la stessa, già dal 1927, incominciò ad emanare le prime Istruzioni di Vigilanza in funzione di specificazione del r.d.l. 1830/1926, in quanto vigendo ancora lo Statuto Albertino cioè una costituzione flessibile che non disciplinava

---

*Genova sottoscritto anche da banche tedesche e svizzere. Le due maggiori banche miste italiane crescono rapidamente, sostenendo uno sviluppo trainato da un mercato in espansione che genera alti profitti. Esse diventano, in breve, gli snodi principali di una fitta rete di intrecci azionari, dato che tutte le grandi imprese vengono, prima o poi, ad avere con esse rapporti di credito e, talvolta, di partecipazione. Le banche miste mantengono un legame di tipo verticale con le imprese sovvenzute tramite loro fiduciari che siedono negli organi di amministrazione e controllo, ricoprendo anche le cariche più elevate”.*

<sup>62</sup> Sul punto si veda P.FRASCANI, *“Le crisi economiche in Italia: Dall'Ottocento a oggi”*, Laterza, 2012.

<sup>63</sup> La crisi monetaria del 1907 partì dagli Stati Uniti e fu causata da un tentativo fallito di manipolazione del prezzo delle azioni della United Copper Company. Molte banche e società fiduciarie avevano effettuato prestiti agli autori del tentativo di speculazione e questo comportò una corsa agli sportelli, determinando ben presto una crisi di liquidità. Ciò determinò numerosi fallimenti, la Borsa di New York arrivò a perdere buona parte del suo valore. Per mitigare le conseguenze della crisi alcuni banchieri e finanzieri privati tra cui J. P. Morgan furono costretti ad intervenire in prima persona utilizzando anche i patrimoni personali. Questo intervento fu necessitato proprio dall'assenza di una Banca Centrale. Le ragioni della crisi furono legate a tre problemi interconnessi cioè all'assenza di una banche centrale, al credito facile e alle manipolazioni dell'alta finanza. La crisi dall'America si diffuse poi ad altre nazioni anche Europee tra cui l'Italia, dove la Società Bancaria Italiana venne salvata dall'intervento congiunto della Banca d'Italia, del Banco di Sicilia e del Banco di Napoli. Per approfondimenti sulle ragioni della crisi si veda E.W. TALLMAN; J.R. MOEN, *Lessons from the Panic of 1907*, in *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review*, vol. 75, 1990.

<sup>64</sup> F.BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010, pag. 127 ss

<sup>65</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.57.

<sup>66</sup> R.d.l. 7 Settembre 1926 n.1511 e r.d.l. 6 novembre 1926 n.1833 convertiti con leggi 23 giugno 1927 n.1107/1108.

<sup>67</sup> M.CLARICH, *Autorità creditizie*, in T.U.B. Commentario a cura di M.Porzio, F.Belli, G.Losappio, M.Rispoli Farina, V.Santoro, pag. 22, 2010.

<sup>69</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio,2012, pag.69

puntualmente la produzione di normativa secondaria, permise di ricondurre queste istruzioni all'interno dei poteri di vigilanza sull'applicazione di norme primarie<sup>70</sup>.

La legge Bancaria del '26, ebbe il merito di porre le basi per un sistema di controlli pubblicistici sul mercato del credito e per la razionalizzazione del sistema bancario e cioè di un drastico ridimensionamento del numero degli istituti bancari, ma allo stesso tempo tutelandone "biodiversità", ma non fu idonea a scongiurare le storture che, anche a seguito della grande depressione del 1929<sup>71</sup>, portarono alla crisi delle due più rilevanti banche miste<sup>72</sup> cioè la Comit e la Credit che fu risolta solo grazie alle provvidenziali convenzioni siglate con il governo e la Banca d'Italia<sup>73</sup>.

Solo tramite l'intervento pubblico si riuscì a separare l'attività creditizia vera e propria, da quella di partecipazione industriale, che venne trasferita in mano pubblica. Le banche cessarono così di svolgere funzione di holding per ritornare a svolgere l'attività di credito commerciale. Il sistema delle partecipazioni statali da strumento contingente, volto ad affrontare la crisi delle banche miste, viene poi portato a regime con l'istituzione dell'IRI con il con r.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.70

<sup>71</sup> Sul punto si veda J.K. GALBRAITH, *Il Grande Crollo*, Rizzoli, 2009.

<sup>72</sup> Si erano trasformate in vere e proprie Holding

<sup>73</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.77/78 in cui si afferma che "le partecipazioni industriali delle banche vengono tra sferite a una società finanziaria che le gira all'Istituto di liquidazioni il quale, a sua volta, ottiene appositi finanziamenti dalla Banca d'Italia. In questo modo si provvede a separare l'attività creditizia vera e propria da quella di partecipazione, che viene sostanzialmente trasferita in mano pubblica. Le banche cessano così di svolgere funzioni di holding e si impegnano a non assumere più partecipazioni industriali e a limitare la loro attività al credito commerciale. Nel novembre 1931 viene creato l'Istituto mobiliare italiano (IMI), ente pubblico economico che ha il compito di sostituire le grandi banche (ex miste e ora solo commerciali) nell'erogazione del credito a medio e lungo termine all'industria. La sua attività, all'inizio assai limitata, decolla nella seconda metà degli anni Trenta, quando si registra una notevole crescita nel volume delle erogazioni, anche come conseguenza del d.l. 5 settembre 1938, n. 1480, che stabilisce la confluenza dei finanziamenti connessi con piani autarchici in una gestione separata per conto dello Stato la cui provvista viene reperita con l'emissione di serie particolari di obbligazioni garantite da quest'ultimo. Si tratta tuttavia di una sistemazione temporanea che sposta nel bilancio della Banca d'Italia il peso delle immobilizzazioni".

<sup>74</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, pag.81/82 in cui si afferma che: "Il riassetto definitivo del sistema dopo il salvataggio delle banche miste avviene con un'altra delle creature di Beneduce: l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI), costituito con r.d.l. 23 gennaio 1933, n. 5 (con la formula ormai collaudata dell'ente pubblico imprenditore) con una sezione finanziamenti (con il compito di erogare crediti a lungo termine) e una sezione smobilizzi industriali che rileva dall'Istituto di liquidazioni (il quale viene soppresso) partecipazioni industriali e debiti verso la Banca d'Italia<sup>206</sup>. Questi ultimi, ammontanti a circa 7 miliardi e mezzo. di lire, vengono gradualmente ripianati dall'IRI tramite l'emissione di un prestito obbligazionario e i proventi delle dismissioni<sup>207</sup>. Oltre al fondo di dotazione e a contributi dello Stato l'IRI, al pari degli altri «enti Beneduce», si finanzia esclusivamente con l'emissione di prestiti obbligazionari sul mercato, liberando la Banca d'Italia dagli immobilizzi e dal coinvolgimento indiretto nel salvataggio delle aziende industriali. Per effetto della complessiva operazione l'IRI diventa la più grande holding del paese trovandosi proprietario di oltre il 50% del capitale azionario italiano, fra cui quello delle maggiori banche: Comit, Credit, Banco di Roma<sup>208</sup>, cui nel 1936 si aggiunge, in seguito alla liquidazione dell'Istituto italiano di credito marittimo, il Banco di Santo Spirito. Ci si rende ben presto conto che non esistono nel paese potenziali acquirenti per la gran massa di partecipazioni che avrebbero dovuto essere

Intanto in ambito internazionale, il sistema bancario subì interventi restrittivi della propria autonomia volti a scongiurare il ripetersi delle condizioni che portarono alla Grande Depressione. E' proprio in questo contesto che si arriva alla Glass-Steagall Act del 1933, che funse da modello ispiratore della legge bancaria 1936/38<sup>75</sup>. La legge bancaria del 1936/38<sup>76</sup> rappresentò la tappa conclusiva del percorso di ridefinizione del sistema bancario avvenuto durante gli anni del fascismo.

La riforma determinò l'unificazione ed il passaggio dei poteri di vigilanza, in precedenza di competenza di vari Ministeri, all' Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito a capo del quale venne posto il Governatore della Banca d'Italia. Tale Ispettorato era però sottoposto alle direttive di un Comitato di ministri presieduto dal capo del governo e composto dai ministri delle Finanze, dell'Agricoltura e delle Corporazioni. La legge bancaria affidò così ad un'unica struttura pubblica, non solo la difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia, ma anche gran parte dei controlli rispetto al risparmio destinato ad investimenti<sup>77</sup>. In realtà solo apparentemente il controllo fu trasferito dalla Banca d'Italia ad un organo burocratico sottoposto alla direzione del governo, perché le carenze strutturali ed organizzative dell'Ispettorato resero necessario il ricorso alle competenze della Banca d'Italia. Alla Banca d'Italia venne così riconosciuta la natura di ente pubblico e le fu posto il divieto di operare con soggetti diversi dalle banche.

La nuova legge bancaria comunque ribadì il principio di specializzazione riconoscendo così implicitamente rilevanza al pluralismo bancario. La nuova legge infatti dopo aver definito all'art.1 le attività di raccolta di risparmio fra il pubblico e di esercizio del credito come funzioni di interesse pubblico, giustificando in tal modo la loro sottoposizione ai controlli previsti dalla legge, suddivise le banche in aziende di credito, disciplinate dal Titolo V, volte a raccogliere il risparmio a breve ed istituti di credito, disciplinati dal Titolo VI, volti invece a raccogliere il risparmio a medio e lungo termine<sup>78</sup>.

La biodiversità bancaria venne infatti assicurata dalla categoria delle aziende di credito, all'interno della quale confluivano gli istituti di credito di diritto pubblico, le casse di risparmio, le banche popolari, le Casse rurali ed artigiane, banche ordinarie in forma di società lucrative. Fu proprio alla luce della distinzione tra istituti di credito e aziende di credito che vennero articolati differenti tipi di controlli, i quali furono ovviamente più penetranti per le aziende in quanto una

---

*dismesse e l'istituto è trasformato in ente permanente «per il controllo e il finanziamento delle industrie interessanti la difesa e l'autarchia»<sup>209</sup>, in sintonia con gli obiettivi del governo fascista che, in vista della guerra e dopo le sanzioni, ha interesse a mantenere l'industria pesante in mano pubblica. L'IRI darà una fisionomia particolare, nel bene e nel male, all'economia italiana, che per circa settanta anni sarà caratterizzata da una forte presenza dello Stato nel capitale industriale e finanziario del paese*

<sup>75</sup> S.CASSESE, *Lo Stato fascista*, pag. 21 ss, Bologna, 2010, ove si conferma che: "la legge bancaria del 1936 ha molti tratti simili al Glass Steagall Act americano". Lo scopo principale del Glass-Steagall fu quello di minimizzare il rischio che l'attività speculativa potesse determinare il fallimento degli istituti bancari ed in tal senso si introdusse una netta separazione tra attività bancaria tradizionale e attività di investimento non potendo essere contestualmente esercitate dallo stesso intermediario e fu istituito il FDIC, cioè un'agenzia indipendente di assicurazione dei depositi e dotata anche di poteri di vigilanza.

<sup>76</sup> R.d.l. 17 marzo 1936 n.375 poi convertito con modifiche con legge 7 Marzo 1938, integrate dal d.l. n.1400/1937 convertito con legge 7 aprile 1938 n.636.

<sup>77</sup> F.GIORGIANNI, C.M.TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, p.70

<sup>78</sup> *Ivi*, p.71

raccolta a breve termine rendeva necessaria una più puntuale vigilanza volta a garantire la liquidità dell'azienda rispetto al rischio di richieste di rimborso *ad nutum* dei depositari<sup>79</sup>.

Vennero poi attribuite espressamente alla autorità di controllo, oltre ai poteri di vigilanza ispettiva e informativa già previsti dalla l.b. del 1926 anche ampi poteri di natura regolamentare. Fu disposta poi la prima disciplina speciale delle crisi, difforme rispetto a quella che era dettata per la generalità delle imprese dal codice di commercio, basata sui provvedimenti, di amministrazione straordinaria e liquidazione coatta amministrativa, dell'autorità amministrativa e non giudiziaria, emanabili non solo in caso di perdite ma anche in ipotesi di irregolarità nell'amministrazione o violazioni di norme legali e statutarie<sup>80</sup>.

Quindi nonostante l'introduzione nel nostro ordinamento delle leggi bancarie del 1926 e del 1936, che contribuirono a realizzare un sistema bancario dotato di un più consistente corpo di regole speciali rispetto alla disciplina di diritto comune, *queste grandi innovazioni, così delineatesi, non incisero però sul sistema delle banche popolari, per le quali la disciplina non mutò in modo rilevante principalmente per due ordini di motivi: in primis perché "sul versante del diritto societario, la società (bancaria) cooperativa risultava ancora regolata dal codice di commercio, il quale non le imponeva testualmente alcuna funzione mutualistica"* in secondo luogo perché *"sul versante del diritto pubblico, la legge bancaria accomunava la banca popolare alle ordinarie aziende di credito (esercenti credito a breve termine), assoggettandola alla vigilanza bancaria, anche sotto il profilo contabile, ed al principio di specializzazione dell'attività ex art. 5, comma 1°, lett. b), legge bancaria del 1936"*<sup>81</sup>.

### 3.6 Il Codice civile del 1942, la legge Basevi, la Costituzione del 1948 ed il D.l 105/48.

Mentre il codice del commercio del 1882 aveva dettato una disciplina delle società cooperative rilevante solo rispetto al profilo organizzativo, il nuovo codice del 1942 rispose anche alla necessità di dar rilievo al profilo funzionale avendo ben a mente *"la necessità di tradurre in termini giuridici la funzione economica della cooperazione"*<sup>82</sup>.

Il codice del 1942 salda finalmente il profilo organizzativo con quello funzionale e cioè il modello cooperativo con lo scopo mutualistico. Con gli articoli 2511 e 2515<sup>83</sup> lo scopo mutualistico, diventa non solo l'elemento caratterizzante la

---

<sup>79</sup> *Ibidem*

<sup>80</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, p.91

<sup>81</sup> L.SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*(evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra forma e sostanza di società cooperativa), in Banca borsa e titoli di credito fasc. 5/2004 pag. 594

<sup>82</sup>M.INGROSSO, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali profili civilistici contabili comunitari*, pag.4, 2011, Giappichelli.

<sup>83</sup> L'art. 2511 nella versione del 1942 disponeva che: *"le imprese che hanno scopo mutualistico possono costituirsi come società cooperative a responsabilità illimitata o limitata, secondo le disposizioni seguenti"*. L' art. 2515 secondo il testo originario disponeva che: *"la denominazione sociale, in qualunque modo formata, deve contenere l'indicazione di società cooperativa a responsabilità illimitata o di società cooperativa a responsabilità limitata. L'indicazione di cooperativa non può essere usata da società che non hanno scopo mutualistico"*.



società cooperative, ma anche l'elemento di differenziazione delle stesse rispetto alle altre società volte invece a perseguire il lucro e per questo definite lucrative.

Tuttavia qui si fermò il legislatore del 1942 astenendosi dal compiere l'ulteriore passo cioè quello volto a definire legalmente la nozione di mutualità. In realtà qualche indicazione fu fornita dalla Relazione ministeriale al codice n. 1025 in cui si riconobbe il "vantaggio mutualistico" nell'ottenimento da parte del socio di beni, servizi od occasioni di lavoro a condizioni più vantaggiose di quelle ottenibili sul mercato.

Dal codice ricaviamo implicitamente una nozione di scopo mutualistico intesa come il frutto di una operazione di bilanciamento tra scopo mutualistico in senso astratto e scopo mutualistico in senso concreto e quindi tra lo scopo dei sottoscrittori del contratto sociale, consistente per l'appunto nell'ottenere beni servizi e condizioni a condizioni migliori di quelle praticate dal mercato, e lo scopo della gestione cioè quello della prevalenza dell'attività a favore dei soci cooperatori<sup>84</sup>.

In sintesi pur se il nuovo Codice Civile del 1942 ebbe il merito di positivizzare l'obbligo per le società cooperative di perseguire lo scopo mutualistico, rendendo così la funzione mutualistica l'elemento distintivo delle cooperative, rispetto alle altre società, si deve però sottolineare come questo concetto fu recepito in senso spurio. Il nuovo codice non richiese, ai fini della configurabilità di una società come cooperativa, una mutualità necessariamente pura essendo sufficiente una mutualità nella sua accezione "spuria" legittimandosi così la cessione di beni e servizi anche ai terzi, seppur nel rispetto del limite della prevalenza dell'attività a favore dei soci.

Quanto detto ha spinto alcuni studiosi a sostenere che il legislatore del ventennio fascista, non cercò di ridimensionare il fenomeno della cooperazione ma optò per una sua denaturazione attraverso l'innesto di "semi" caratterizzati dalla matrice capitalistica e dalla logica del profitto. Secondo costoro si riuscì così nell'impresa di trasmutare le cooperative in una istituzione capitalista attraverso una neutralizzazione, almeno parziale, non solo della matrice originaria del movimento ma anche delle speranze connesse al modello.

In tal senso venne quindi letta la disciplina del Codice Civile del 1942, che legittimando una coesistenza tra istanze mutualistiche e lucrative, volutamente avrebbe reso incerti i confini tra ritorno ed utile da capitale, in modo tale da costituire una classe imprenditoriale contigua e non antagonista rispetto al capitalismo e alle sue logiche. In tal ottica si affermava che il codice avesse disinnescato una delle principali tensioni ispirative del movimento cooperativo, cioè quella di consentire alle classe subalterne di incidere sul governo della produzione della ricchezza, avendo ridotto il fenomeno cooperativo a mero strumento di partecipazione alla distribuzione della ricchezza. Secondo questa ricostruzione, l'applicazione alle società cooperative, salvo deroghe espresse, delle norme organizzative dettate per le società per azioni ex art. 2516, determinò l'incidenza sulle cooperative del principio della divisione dei poteri fra assemblea, a cui veniva destinata l'approvazione del bilancio, ed il consiglio di amministrazione, a cui veniva riservata la gestione. Il codice civile avrebbe così assecondato " *un fenomeno di delega del potere, che lascia insoddisfatte quelle*

---

<sup>84</sup> E.CUSA, *La riforma del diritto societario e scopo mutualistico*, in *Riv. Coop.* 2002 n.1, p.36

*istanze di partecipazione di base che sono fra i motivi ispiratori del movimento cooperativo, e asseconda la formazione di una "burocrazia" di dirigenti, detentori di un potere di tipo tecnocratico, del quale vengono investiti da masse destinate poi a restare escluse da ogni efficiente forma di controllo<sup>85</sup>.*

Di avviso diametralmente opposto, altra parte della dottrina che ha negato validità alle letture riduzionistiche e volte ad interpretare le modifiche che hanno interessato il fenomeno cooperativo nell'ottica di una mera degenerazione capitalista<sup>86</sup>. Costoro evidenziarono infatti la contraddittorietà di un discorso orientato in tal senso, non considerando praticabile una lettura di tal sorta, che trascurando la relatività e storicità dei fenomeni giuridici<sup>87</sup>, parrebbe optare per una paradossale marginalizzazione della cooperazione onde rimanere pura cioè fedele a se stessa e alle proprie origini. L'anima anticapitalista della cooperazione avrebbe finito così per fagocitare se stessa, essendo imposte tali modifiche dell'impianto originario (principi di Rochdale) non solo dal variare della realtà economica ma anche e soprattutto dalla necessità di assicurare l'obiettivo di ampliare la democrazia economica.

Venendo al profilo di maggior interesse per la tematica in trattazione, dobbiamo ricordare come la relazione n.1025 del codice civile, evidenziando la molteplicità delle manifestazioni del fenomeno cooperativo e stante l'impossibilità per il codice di dettare una disciplina esaustiva capace di coprire tutte le possibili declinazioni del fenomeno cooperativo, ribadì la sottoposizione delle banche popolari alla disciplina dettata dal codice civile nei limiti di quanto questa non fosse derogata dalla legislazione speciale, in virtù della previsione contenuta nell'art. 2517. La disciplina codicistica per le banche popolari fu intesa nella prospettiva di uno schema generale, essendo lasciata alla legislazione speciale il regolamento specifico.

Dopo la caduta del fascismo e con la vittoria al referendum della Repubblica, la disciplina cooperativa subisce incisivi effetti dalla promulgazione della c.d. Legge "Basevi" e della Costituzione del 1948.

La legge Basevi ebbe il compito di colmare le principali lacune della disciplina codicistica del 1942<sup>88</sup>, introducendo agli artt. 1 e 4 la vigilanza da parte del ministero del lavoro e della previdenza sociale oltre che dalle associazioni cooperative, e all'art. 13 la riproposizione del registro prefettizio, in cui dovevano iscriversi tutte le cooperative secondo la procedura dettata dall'art. 14.

Venne stabilito dall'art.22 il numero minimo per costituire una cooperativa a 9 soci e con l'art. 23, si determinarono i requisiti di cui i soci dovevano essere in possesso per poter accedere alla società. Si introdusse però una importante deroga al principio per cui tutti i soci dovessero essere cooperatori ed animati quindi dallo scopo mutualistico di ottenere beni e servizi a condizioni migliori di quelli che avrebbero trovato sul mercato, consentendo la possibilità di poter aprire le porte anche a soggetti animati da intenti non mutualistici, purché nelle

---

<sup>85</sup> F.GALGANO, *La cooperazione e la democrazia dei produttori*, in *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, Editori Riuniti, 1978, pag. 218-219.

<sup>86</sup> F.BELLI – A.BROZZETTI voce *Banche popolari*, in *Digesto*, Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale, vol. II, Torino, 1988, UTET, pag. 153-172.

<sup>87</sup> P.GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015.

<sup>88</sup> G. BONFANTE, *La legislazione cooperativistica in Italia dall'Unità ad oggi*, in *Il movimento cooperativo in Italia a cura di Giulio Sapelli*, Torino, Einaudi, 1981, pag. 228.

misura strettamente necessaria al buon funzionamento dell'ente. Vennero poi fissati anche i limiti massimi di partecipazione all'art. 24.

L'art. 26 prevede clausole mutualistiche volte a perimetrare l'ambito dello scopo lucrativo in funzione suppletiva alla lacunosità del dettato codicistico, si riconobbe così che agli effetti tributari si dovessero soddisfare 3 requisiti mutualistici:

- a) divieto di distribuzione dei dividendi superiori alla ragione dell'interesse legale ragguagliato al capitale effettivamente versato;
- b) divieto di distribuzione delle riserve fra i soci durante la vita sociale;
- c) devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale -- dedotto soltanto il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati -- a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico.

Il sistema di disciplina della cooperazione vide ulteriormente complicato il quadro normativo con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948 che, all'art.45, riconobbe la funzione sociale della cooperazione purché questa soddisfi due requisiti: il carattere di mutualità e l'assenza di fini di speculazione privata<sup>89</sup>.

Sulla funzione della norma si contrapposero ben presto due tesi, secondo parte della dottrina la norma aveva natura meramente programmatica<sup>90</sup>, altra impostazione invece optava per una ricostruzione in senso precettivo della stessa<sup>91</sup>. Fu quest'ultima impostazione a prevalere poi confortata anche dall'intervento della Corte Costituzionale con sentenza n.1/1956.

Rispetto alla impostazione precettiva si disarticolano poi una serie di sotto impostazioni:

-una prima<sup>92</sup> tesa ad identificare la mutualità con la non lucratività,

-una seconda<sup>93</sup> invece volta a negare tale riduzione ricomprendendo nella mutualità non solo quella pura ma anche quella spuria, ove si operi con i terzi, quando l'utile ricavato vada integralmente o parzialmente (dedotto cioè un dividendo pari all'interesse legale) devoluto a fini non speculativi. La mutualità non sarebbe assenza di lucro oggettivo ma di lucro soggettivo.

-una terza<sup>94</sup> fondata sulla idea della mutualità come species del genus cooperazione e quindi sulla ipotizzabilità anche di una cooperazione speculativa, in virtù di una lettura separata del requisito della mutualità da quello del carattere non speculativo;

-ed una quarta<sup>95</sup> che invece, in prospettiva opposta, considerava la cooperazione come una species del genus mutualità, negando quindi l'ammissibilità di cooperative prive di mutualità in virtù della configurazione dell'antispeculatività come corollario della mutualità.

---

<sup>89</sup> N.ABRIANI, *Diritto Commerciale a cura di Niccolò Abriani*, Giuffrè editore, 2011, pag.326

<sup>90</sup> R.ROMBOLI, *Problemi costituzionali della cooperazione*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1977, p. 110

<sup>91</sup> A.GRAZIANI, *Società cooperativa a scopo mutualistico*, in Riv. Dir. Comm. 1950, I, p.276

<sup>92</sup> A.GRAZIANI, *Società cooperativa a scopo mutualistico*, in Riv. Dir. Comm. 1950, I, p.276

<sup>93</sup> G.DE FERRA, *Principi costituzionali in materia di cooperazione a carattere di mutualità*, in Riv. Soc. 1964 p.775

<sup>94</sup> G.OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, Riv.Dir.Civ., 1959, I, pag. 402

<sup>95</sup> P.VERRUCOLI, voce *Cooperativa*, in Enc. Dir. X, Milano,1962, pag.557

Come si è visto la formulazione dell'art. 45, soprattutto in relazione al requisito del carattere non speculativo, fece sorgere diversi dubbi:

-in primis se requisito negativo della non lucratività dovesse essere inteso in senso soggettivo o oggettivo ?

-ed in secondo luogo se questo fosse o meno un corollario del requisito positivo della mutualità ?

Ove infatti, si ritenessero i due requisiti come nozioni separate, non configurando l'antispeculatività come un corollario della mutualità, allora se ne ricaverebbe che la Costituzione, nel prevedere il requisito negativo, abbia voluto così distinguere le cooperative meritevoli, in quanto idonee a svolgere funzione sociale, di essere agevolate dal legislatore ordinario da quelle non meritevoli di tali benefici in quanto volte a realizzare anche lucro soggettivo.

Ove invece si considerasse la non lucratività come un corollario della "mutualità", ne conseguirebbe l'impossibilità di individuare il carattere mutualistico in mancanza di "non speculatività". Da questa lettura deriverebbe l'impossibilità di configurare una cooperativa costituzionalmente intesa in presenza di lucratività, essendo questo elemento incompatibile con quello di mutualità.

In tal contesto sia affermò la tesi<sup>96</sup> del riconoscimento della funzione sociale della cooperazione, ma che non ha comunque risolto l'enigma del significato dell'art. 45 Cost. Parte rilevante della dottrina ha comunque sposato questa lettura ammettendo che la non lucratività sia in realtà un corollario del carattere mutualistico, evidenziando però che la funzione antispeculativa operi in senso soggettivo e non oggettivo<sup>97</sup>.

In conclusione, al di là del merito, l'art. 45 cost. non pare aver prodotto chiarezza circa la nozione di mutualità come confermato anche dall'analisi della questione delle banche popolari da Ferri tacciate addirittura di essere società di forma cooperativa ma prive della necessaria sostanza.

Come risulta evidente, alla luce di quanto sin ora detto, già di per se la ricostruzione della disciplina delle cooperative è operazione non semplice in quanto modello sviluppatosi in modo disorganico e disordinato. Accanto infatti alle disposizioni codicistiche sono state poste normative speciali volte a disciplinare le specifiche forme di manifestazione della logica cooperativa. Quanto detto risulta ancor più vero per le banche popolari, sulle quali incise profondamente anche il d.lgs. n.105/48<sup>98</sup>.

Tale disciplina speciale dettava norme peculiari, idonee a giustificare pesanti deviazioni dal modello codicistico, si pensi all'art.1 che imponeva l'adozione del modello di società cooperative a responsabilità limitata, nonché all'art.3, che

---

<sup>96</sup> A.NIGRO, *Commento all'art. 45 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1980; F. GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, Riv.Dir.Comm., 1976, I, pag. 335 ss. nonché *La cooperazione nel sistema costituzionale*, Nuovo Dir.Agr., 1977, pag. 409 ss. Tali letture seppur con alcune differenziazioni esaltano la funzione sociale, considerando la cooperazione come un tertium genus rispetto alla impresa pubblica e alla impresa privata, facendo trasmigrare nell'ambito dei rapporti economici i principi costituzionali di libertà e uguaglianza e democrazia.

<sup>97</sup> A.NIGRO, *Commento all'art. 45 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1980, pag. 27

<sup>98</sup> D. lgs. 10 febbraio 1948 n.105 "Disposizioni sull'ordinamento delle banche popolari"

dopo aver confermato la soggezione delle banche popolari alle disposizioni del regio decreto – legge 12 marzo 1936, n. 375, le esentava dai controlli previsti dagli articoli 2542 e seguenti del Codice civile, o ancora alla possibilità di distribuire integralmente gli utili di esercizio e del patrimonio netto di liquidazione derogando così all'art. 2518 c.1 n.9 ed alla legge Basevi<sup>99</sup>.

Non bisogna dimenticare infatti che l'art. 2517 c.c., riconosceva comunque che le società cooperative volte ad esercitare il credito, le casse rurali ed artigiane, le società cooperative per la costruzione e l'acquisto di case popolari ed economiche e le altre società cooperative regolate dalle leggi speciali, fossero soggette alle disposizioni codicistiche solo in quanto compatibili con le disposizioni delle leggi speciali.

In conclusione si deve comunque ribadire che nonostante la predisposizione di normative speciali fonti di significative deroghe rispetto alla disciplina codicistica e lo svolgimento di un'attività rilevante sul piano dell'interesse pubblico, nonché la sottoposizione alla vigilanza prevista dalla legge bancaria del 1936<sup>100</sup>, la natura delle banche popolari non mutò ma rimase nell'alveo delle società di diritto privato e non produsse alcun fenomeno idoneo a giustificare una separazione tra forma e sostanza, la cui coerenza era ormai codicisticamente imposta.

---

<sup>99</sup> A.Q.CURZIO, *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*. pag.147, 2010.

<sup>100</sup> Corte di Cassazione sentenza del 9-3-68 n. 775.

### 3.7 Il Testo Unico Bancario del 1993

Al Testo unico bancario, che ha contribuito a dare un assetto sistematico alla disciplina delle banche cooperative, si è arrivati dopo un lungo processo costituito da una serie di tappe intermedie.

Dapprima vi fu il D.Lgs. 105/1948 che, come abbiamo già visto, diede alle banche popolari una primitiva normativa speciale che, pur non travalicando l'alveo della cooperazione, derogava in parte le previsioni codicistiche e la Basevi.

Molti dei successivi interventi normativi in materia cooperativa, non hanno inciso in modo determinante sulle banche popolari<sup>101</sup>, avendo assunto le stesse caratteri peculiari rispetto al sistema cooperativo più generale. Il più rilevante degli interventi fu la legge n. 59/1992, che pur determinando notevoli modifiche alla normativa in materia di cooperative (si pensi alla introduzione, per esigenze di capitalizzazione, dei soci sovventori cioè di soci non operatori) all'articolo 21 comma 8 dichiarava espressamente che tali previsioni normative non trovassero applicazione alle banche popolari, per le quali restavano in vigore le disposizioni contenute nelle leggi speciali<sup>102</sup>.

Alcune occasionali leggi speciali, incisive sulla disciplina delle popolari, vennero poi comunque promulgate come la legge "Amato" n. 218/1990, volta principalmente a favorire la ricapitalizzazione delle banche pubbliche attraverso la trasformazione in società per azioni, ma anche la concentrazione bancaria e la costituzione di gruppi polifunzionali. Furono quindi applicabili alle banche popolari gli artt. dal 5 al 7, contenenti previsioni in tema di costituzione dei gruppi polifunzionali e di vigilanza, oltre che norme di matrice tributaria<sup>103</sup>.

Altra normativa di rilievo fu poi quella contenuta nella l. 207/1992, poi confluita nel T.u.b., che discostandosi dalle previsioni codicistiche e dal d.lgs. 105/1948, prevede una nuova disciplina delle azioni delle banche popolari<sup>104</sup>. Infine, il d.lgs.

---

<sup>101</sup> Si pensi:

- a) alla legge 127/1971 che sanciva l'assoluta intrasformabilità delle cooperative in società lucrative e disciplina organicamente i consorzi cooperativi;
- b) alla legge 72/1983 che introdusse limite massimo per la remunerazione del capitale sociale; le cooperative possono costituire ed essere soci di società di capitali (evidente il fine di potenziare la dimensione imprenditoriale);
- c) alla legge 49/1985: creazione di cooperative per il salvataggio di aziende in crisi e la salvaguardia dell'occupazione;
- d) alla legge 44/1986: agevolazioni per la costituzione di cooperative di produzione e lavoro costituite in maggioranza da giovani con sede nel Mezzogiorno.
- e) alla legge 381 del 1991, in cui è regolamentata la cooperazione sociale.
- f) alla legge 59 del 1992, volta soprattutto al potenziamento finanziario delle cooperative. Si introducono le figure del socio sovventore e delle azioni di partecipazione cooperativa. Si creano i fondi mutualistici per lo sviluppo della cooperazione.

<sup>102</sup> A.BASSI, *La riforma delle società cooperative (commento alla legge 31 gennaio 1992 n.59)*, in Corr. Giur. 1992 n. pag. 717 ss.; R.COSTI, *La riforma delle società cooperative: profili patrimoniali e finanziari*, in Giur. Comm. 1992, I, pag.935; A.BASSI, G.CAPO, T.D'AMARO, V.GIORGI, M.SARNO, Aa.Vv., *La riforma delle società cooperative (commento alla legge 31 gennaio 1992 n.59)* a cura di A.Bassi, Milano, 1992.

<sup>103</sup> A.Q.CURZIO, Aa.Vv. *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, 2010, p. 149

<sup>104</sup> Per approfondimenti A.Q.CURZIO, Aa.Vv. *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, 2010, p.150; E.CUSA *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Quaderni di giurisprudenza Commerciale, 2006, p.284

481/1992, anche esso confluito nel T.u.b., che consentiva la trasformazione delle banche popolari in società per azioni<sup>105</sup>.

Solo con il d.lgs 1° settembre 1993, n. 385, in attuazione della direttiva 1989/646/CE, venne introdotto il Testo Unico Bancario che dopo aver confermato, all'art. 29 c.4, l'inapplicabilità della Basevi alle banche popolari, abrogava con l'art. 161 la legge bancaria del 1936, il d.lgs 105/1948, la legge 207/92 ed il d.lgs 481/92<sup>106</sup>.

Il TUB ha riformato in maniera radicale il sistema bancario italiano che, fino al 1992, considerava le banche come una pubblica istituzione operante in regime di specializzazione temporale e istituzionale dell'attività bancaria<sup>107</sup>. Una delle principali novità del TUB fu proprio il concetto di banca universale e quindi il riconoscimento alla banca della sua natura imprenditoriale e della possibilità di esercitare, congiuntamente alla raccolta del risparmio presso il pubblico e l'esercizio del credito a breve ed a medio e lungo termine, ogni altra attività finanziaria. Si superò così la distinzione tra aziende di credito ed istituti di credito, cioè tra attività bancaria a breve e attività bancaria a medio-lungo termine, introdotta con la legge bancaria del 1936<sup>108</sup>. In funzione di semplificazione del sistema si optò poi per riservare l'attività bancaria solo alle società per azioni o alle società cooperative a responsabilità limitata<sup>109</sup>.

Il Testo unico all'art.28 ha disciplinato, sotto la dizione banca cooperativa, sia le banche popolari che le banche di credito cooperativo, considerate quindi come differenti declinazioni del comune concetto di società cooperativa a responsabilità limitata e le ha esonerate dai controlli governativi di cui agli articoli 2542 e ss. c.c. in quanto sottoposte alla vigilanza bancaria<sup>110</sup>.

Sono quindi tutt'ora gli articoli che vanno dal 29 al 32 quelli dettati specificatamente per le banche popolari.

L'articolo 29 rubricato "norme generali" disponeva, ai primi due commi, non solo che le banche popolari dovessero essere costituite in forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata, recependo così il dettato dell'art.1 del d.lgs. 105/48<sup>111</sup>, ma anche che il valore nominale delle azioni non potesse essere inferiore a lire cinquemila riproducendo così l'articolo 1, 1° comma, della l. 207/1992<sup>112</sup>.

---

<sup>105</sup> A.Q.CURZIO, Aa.Vv. *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, 2010 ,p.148;

<sup>106</sup> L.SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"(evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra forma e sostanza di società cooperativa)*, in Banca borsa e titoli di credito fasc. 5/2004 pag. 596

<sup>107</sup> G.LUCARONI, voce *Testo Unico Bancario*, in Treccani dizionario di economia e finanza.

<sup>108</sup> M.PORZIO, *Testo unico bancario. Commentario*, 2010, pag.158.

<sup>109</sup> P.BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, 2009, pag.81.

<sup>110</sup> L'art. 28 (testo originario) prevedeva che "*l'esercizio dell'attività bancaria da parte di società cooperative è riservato alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo disciplinate dalle sezioni I e II del presente capo. 2. Alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo non si applicano i controlli sulle società cooperative attribuiti all'autorità governativa dal codice civile*".

<sup>111</sup> M.PIPITONE, *Commento art. 29 T.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: D.lgs 385/1993 a cura di Concetto Cost Costa*, pag. 241.

<sup>112</sup> In tal senso in precedenza l'art. 4 comma 3 del d.lgs 105/48 come modificato dall'art.2 del d.lgs. n.569/48.

Al 3° comma si ribadiva che la nomina degli amministratori e sindaci spettava esclusivamente all'assemblea dei soci, si recepì così il contenuto dell'art.7 del d.lgs. 105/48<sup>113</sup> escludendosi quindi nomine da parte di non soci.

La norma si chiudeva poi con la sottrazione delle banche popolari alle disposizioni del D.lgs. 1577/1947 e successive modificazioni, confermando la non applicazione alle stesse della legislazione tipica delle cooperative, sia per il versante degli oneri, che per quello delle agevolazioni fiscali ribadendo così la soluzione adottata nella l. 59/1992 all'art. 21, 8° comma.

L'art. 30 rubricato "soci", disponeva poi al comma 1 che ogni socio avesse un voto indipendentemente dal numero delle azioni possedute, riaffermando quanto disposto dal d.lgs. 105/1948 all'articolo 6 e quindi il voto capitaro come carattere indefettibile del modello popolare ed elemento di netta differenziazione rispetto alle società per azioni<sup>114</sup>.

Sulla base di tali premesse, risultano palesi le ragioni sottese alle prescrizioni dei successivi commi 2 e 4, i quali per rimarcare la centralità dei soci rispetto all'elemento capitalista prevedevano che nessuno socio potesse detenere azioni in misura eccedente lo 0,50 per cento del capitale sociale<sup>115</sup> e che il numero minimo dei soci non potesse essere inferiore a duecento.

Era infatti previsto che qualora un socio avesse detenuto azioni in misura eccedente lo 0,50 per cento del capitale sociale, la banca, rilevate tale eccedenza, avrebbe dovuto contestare al detentore la violazione del divieto e le azioni sarebbero dovute essere alienate entro un anno dalla contestazione.

In caso di diminuzione della compagine sociale al di sotto del limite di cui al comma 4, era previsto un obbligo di reintegra entro un anno a pena di liquidazione della banca. Per le banche popolari la previsione di un numero di soci minimo rispondeva non solo ad una esigenza di natura patrimoniale, ma anche all'esigenza di garantire una certa contrapposizione e presenza alle assemblee, in modo tale da non compromettere l'indipendenza gestionale<sup>116</sup>.

Le disposizioni fin qui esaminate, erano quindi giustificate dalla esigenza di scongiurare la formazione di posizioni di dominio che avrebbero snaturato il carattere cooperativo<sup>117</sup>.

Il comma 3 prevedeva poi una sola ipotesi di deroga al limite al possesso azionario e cioè quella a favore degli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, per i quali l'entità del limite fu connesso alla misura disposta dalla disciplina specifica dettata per il singolo organismo.

Come affermato da illustre dottrina, la norma non recepì solo il vecchio (d.lgs. 105/1948 all'articolo 6) ma anche il nuovo (l.207/92) in tema di circolazione delle azioni.

---

<sup>113</sup> M.PIPITONE, *Commento art. 29 T.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*: D.lgs 385/1993 a cura di C.Costa, pag. 242.

<sup>114</sup> M.PIPITONE, *Commento art. 30 T.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*: D.lgs 385/1993 a cura di C.Costa, pag.253

<sup>115</sup> Misura analoga a quella contenuta nell'art.1 comma 3 l. 207/92

<sup>116</sup>T.D'AMARO, "*Banche popolari e banche di credito cooperativo: elementi di disciplina comune*", in *Le società*, parte 1 (1998) e 2 (1999).



La norma si chiudeva infatti con i commi 5 e 6 volti a disciplinare l'ingresso dei nuovi soci e l'eventuale rifiuto rispetto alle richieste di ammissione<sup>118</sup>. La disposizione prevedeva l'obbligo di motivazione delle delibere del consiglio di amministrazione di accoglimento o di rigetto avendo riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie e allo spirito della forma cooperativa. La previsione del gradimento del consiglio di amministrazione rispetto all'ammissione di nuovi soci, già prevista dalla legge 207/1992 oltre che dal codice civile (art.2525 c.c.) per le cooperative in generale<sup>119</sup>, era sempre collegata al pericolo di ingressi che potessero mettere in discussione il carattere cooperativo.

Il consiglio di amministrazione aveva però l'obbligo di riesaminare la domanda di ammissione su richiesta del collegio dei probiviri, costituito ai sensi dello statuto ed integrato con un rappresentante dell'aspirante socio.

Ai non ammessi, era comunque data la possibilità di esercitare i diritti aventi contenuto patrimoniale relativi alle azioni possedute, fermo restando i limiti alla detenzione di azioni previsti dal comma 2. Tale previsione positivizzava il principio per cui il rifiuto del gradimento determina esclusivamente l'impossibilità di esercitare i diritti non patrimoniali, con conseguente scissione tra valore patrimoniale della partecipazione e valore della posizione di socio, bilanciando così la necessità di tutela della società con l'esigenza di tutela della circolazione dei titoli<sup>120</sup>.

L'art. 31 rubricato "trasformazioni e fusioni" disponeva che la Banca d'Italia, autorizzava nell'interesse dei creditori, ovvero per esigenze di rafforzamento patrimoniale ovvero a fini di razionalizzazione del sistema, le trasformazioni di banche popolari in società per azioni ovvero le fusioni coinvolgenti banche popolari e da cui risultassero società per azioni.

Dalla lettura della norma, risultava del tutto irrilevante l'interesse mutualistico, ai fini dell'autorizzazione alla trasformazione da parte della Banca d'Italia, essendo la stessa concessa solo se rispondente all'interesse dei creditori e cioè se questa potesse essere utile ad agevolare un risanamento dell'istituto, nonché se fosse idonea a realizzare un rafforzamento patrimoniale, assecondando così gli obiettivi della vigilanza prudenziale ovvero la possibilità di garantire agli istituti la solidità patrimoniale necessaria a resistere ad eventuali perdite, o infine se fosse utile ai fini della razionalizzazione del sistema bancario, sulla base del presupposto che la concentrazione e l'aumento delle dimensioni degli istituti bancari possa garantire maggiore competitività sul mercato nonché una maggiore solidità.

La predisposizione di condizioni legali, per poter realizzare trasformazioni e fusioni delle banche popolari, veniva però compensata dalla previsione di quorum elastici per l'adozione delle necessarie delibere assembleari.

L'art. 31 disponeva infatti che dopo aver ottenuto l'autorizzazione della B.d.I., previo accertamento della compatibilità dell'operazione con almeno uno dei requisiti del comma 1, le deliberazioni assembleari dovessero essere assunte

---

<sup>118</sup> R.COSTI, *L'ordinamento bancario*,

<sup>119</sup> Artt.2523 e 2525 c.c. nella originaria formulazione.

<sup>120</sup> PIPITONE, *Commento art. 30 T.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*: D.lgs 385/1993 a cura di Concetto Cost Costa, pag.254

con le maggioranze previste dagli statuti per le modificazioni statutarie e qualora gli statuti avessero previsto maggioranze differenziate, si dovesse applicare quella meno elevata. La norma riconosceva comunque il diritto di recesso dei soci e l'applicazione dei criteri stabiliti dell'art. 56, comma 2, e l'art. 57, commi 2, 3 e 4.

Questa previsione riproponeva quella dettata dall'articolo 41 del d.lgs. 481/92, ma con ulteriori specificazioni idonee a spazzare via le incertezze poste dalla precedente disposizione. Non venivano poi pregiudicate le minoranze tutelate dal riconoscimento del diritto di recesso al socio dissenziente<sup>121</sup>.

L'art. 31 del T.u.b. ha posto quindi fine ad una lunga diatriba circa l'ammissibilità teorica della trasformazione delle banche popolari. Prima della introduzione del T.u.b., erano infatti sorti due orientamenti contrastanti circa l'assoggettabilità alla procedura di trasformazione delle banche popolari in società per azioni.

Secondo una prima tesi si sarebbe infatti dovuto negare spazio di operatività alla trasformazione delle banche popolari in società per azioni in virtù del divieto contenuto nell'art.14 della legge 127/1971 e della neutralizzazione dei caratteri cooperativi e del conseguente snaturamento della società<sup>122</sup>.

Altra tesi, poi rivelatasi prevalente, optò invece per superare il precedente indirizzo sulla base della constatazione del fatto che banche popolari avessero tratti fortemente differenzianti rispetto alle altre società cooperative ed in specie tanto in tema di rilevanza degli interessi lucrativi quanto in relazione al concetto di mutualità, non trovando poi applicazione il divieto di cui all'art.14 in virtù dell'art.1 d.l. 569/1948<sup>123</sup>.

Infine l'art. 32 rubricato "utili", volto, appunto, a stabilire le modalità di distribuzione degli utili, prevedendo al comma 1 che le banche popolari dovessero destinare almeno il 10% degli utili netti annuali a riserva legale, semplificando in tal modo la previgente previsione, contenuta nell'articolo 8 del d.lgs. 105/48, che imponeva l'accantonamento del 5% annuo fino al raggiungimento della metà del capitale sociale.

La norma riconosceva poi, al secondo comma, ampia discrezionalità all'autonomia dei privati indicando diverse possibili opzioni di destinazione per le quote non assegnate a riserva legale. La quota di utili, non assegnata a riserva legale, ad altre riserve o ad altre destinazioni previste dallo statuto e non distribuita ai soci, doveva però essere destinata a beneficenza o assistenza.

Risultava evidente la differenza con il codice civile che all'art. 2536, come modificato nel 1992 dalla l. n.59, imponeva un obbligo di accantonamento

---

<sup>121</sup> Tale diritto era previsto anche dalla normativa codicistica all'art. 2525 (nella sua formulazione originaria).

<sup>122</sup> G.OPPO, *Quesiti in tema di trasformazione e fusione eterogenea di banche popolari*, in Banca e Borsa, 1992,I,pag.778 ss.; A.BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in Codice civile, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1988, pag.795.

<sup>123</sup> G.CABRAS, *Trasformazione di cooperative in società ordinarie. Evoluzione di un problema*, in Vita Not., 1991 pag.61; F.BELLI- A.BROZZETTI, *Banche popolari*, voce in Dig. IV, sez. comm., Torino, 1987, 153 ss. ; A.GAMBINO, *Sulla trasformabilità delle banche popolari in società per azioni*, in Giur.Comm., 1984, I, pag.1003 ss.

annuale, indipendentemente dall'ammontare del fondo di riserva legale, pari almeno alla quinta parte degli utili netti annuali<sup>124</sup>.

L'art. 32 T.u.b. confermava quindi le peculiarità della disciplina delle banche popolari rispetto non solo alla disciplina generale delle cooperative contenuta nel codice civile ma anche rispetto a quella delle banche di credito cooperativo invece obbligate ex art.37 T.u.b. a destinare il 70% degli utili a riserva legale ed ex art.11 c.4 della l.54/1992 a corrispondere una parte degli utili netti annuali ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione<sup>125</sup>.

Le previsioni del voto capitaro, delle limitazioni alle azioni possedibili nonché quelle impositive di un numero minimo di soci ed del gradimento, erano tutti chiari elementi di riaffermazione della centralità dei soci rispetto all'elemento capitalista e quindi la conferma di una disciplina organizzativa volta a realizzare lo scopo mutualistico. Le restanti disposizioni sopra citate come il riconoscimento della facoltà di procedere con le trasformazioni o le previsioni caratterizzanti il modello delle banche popolari, specie quelle relative alla discrezionalità nella fissazione delle soglie percentuali da destinare a riserva legale, non potevano essere ritenute idonee a giustificare una lettura in senso opposto a quella precedentemente argomentata. Questo non solo perché in alcuni casi si trattava di norme di contenuto analogo a quelle previste per le banche di credito cooperativo, ma soprattutto perché espressive di una legislazione speciale, la cui naturale funzione è proprio quella di derogare la normativa generale per adeguare la norma alle esigenze sottese all'eccezione, cioè diversificare le regole della cooperazione del credito. La disciplina del Tub ha quindi per lo più proceduto ad un riassetto sistematico della previgente normazione, seppur con alcune innovazioni di assoluto rilievo, ma non ha prodotto una denaturazione dell'istituto.

### 3.8 Il d.lgs 6/2003 ed il d.lgs. 310/2004

Con la legge 3 ottobre 2001, n. 366, il Parlamento delegò il governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti in special modo la riforma organica della disciplina delle società di capitali e delle cooperative.

L'ultimo comma dell'art.5 della legge n.366/2001 esclude però, dall'ambito di applicazione della nuova disciplina delle società cooperative, le banche popolari e le banche di credito cooperativo nonché gli istituti della cooperazione bancaria in genere, alle quali si sarebbero dovute applicare le norme all'epoca vigenti, fatto salvo solo il potere di emanazione di norme di mero coordinamento non incidenti su profili di carattere sostanziale.

In attuazione il legislatore delegato intervenne con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 che ha riscritto integralmente il titolo VI del libro V del codice civile. Il governo

---

<sup>124</sup> Il 2536 c.c. prevedeva poi anche che una quota degli utili netti annuali dovesse essere corrisposta ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, nella misura e con le modalità previste dalla legge. La norma si chiudeva poi con la previsione che la quota di utili non assegnata ai sensi dei commi precedenti e non utilizzata per la rivalutazione delle quote o delle azioni, o assegnata ad altre riserve o fondi, o distribuita ai soci, dovesse essere destinata a fini mutualistici.

<sup>125</sup> C.G.CORVESE, *Commento all'art.32 T.u.b.*, in Commentario a cura di M.Porzio, 2010, pag. 319 ss.

così delegato, attraverso il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, aggiunse l'art. 223-terdecies all'interno delle disposizioni di attuazione del codice civile. Questa norma prevedeva che le banche di credito cooperativo, che rispettassero le norme delle leggi speciali, fossero considerate cooperative a mutualità prevalente ed al secondo comma che alle banche popolari, alle banche di credito cooperativo ed ai consorzi agrari continuavano ad applicarsi le norme vigenti alla data di entrata in vigore della legge n. 366 del 2001.

Dubbi interpretativi<sup>126</sup>, oltre che di effettiva conformazione della disposizione all'art. 5 della legge delega<sup>127</sup>, spinsero il legislatore ad un nuovo intervento operato con il d. lgs. n. 310/2004 attraverso l'art. 37 che modificò l'art. 223-terdecies disp. att. c.c., nel senso della applicazione alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo dell'articolo 223-duodecies, nonché con l'art 38 che inserì nel T.u.b. l'art. 150-bis, il quale individuava al primo comma la disciplina del codice, in tema di cooperative, inapplicabile alle banche cooperative in generale e poi indicava al comma 2 quali norme non fossero applicabili specificamente alle banche popolari<sup>128</sup>.

Dall'analisi dell' art. 150-bis del t.u.b. la dottrina sottolineò una netta inversione di rotta rispetto al passato e quindi rispetto alla tendenza alla marginalizzazione nelle banche cooperative del carattere mutualistico. L'art-150 bis al primo comma disponeva l'inapplicabilità, a tutte le banche cooperative, di norme non certo qualificanti sotto il profilo della mutualità, salvo che per l'art. 2513 c.c.<sup>129</sup>

L'art. 150-bis non elencando però espressamente le norme del codice applicabili alle banche cooperative e non fornendo un criterio di individuazione delle stesse, fece sorgere il dubbio se queste fossero ricavabili o meno, attraverso una operazione di sovrapposizione differenziale. In soldoni si discusse se tutte le norme non considerate inapplicabili dall'art. 150 bis, dovessero considerarsi automaticamente applicabili o se invece si dovesse seguire una valutazione di compatibilità basata sul criterio del caso per caso, in virtù dell'art. 2520, comma 1, c.c.<sup>130</sup>.

Si affermò quindi una tesi mediana, la quale pur rigettando l'idea di un completo superamento del giudizio di compatibilità, volle leggere nel combinato disposto tra normativa speciale e disposizione codicistica, l'affermazione di una presunzione di compatibilità per le norme non espressamente indicate.

Sulla base di tale impostazione, si ritennero applicabili alle banche cooperative le principali norme dettate dal codice civile in funzione descrittiva del modello (*rectius* forma) organizzativo cooperativo. In tal senso si muoveva l'applicabilità dell'art. 2524 c.c. in tema di variabilità del capitale e dell'art. 2528 c.c. esplicativo del principio della porta aperta, nonché dell'art. 2538 c.1 impositivo del principio

---

<sup>126</sup> Per approfondimenti G.PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in Studi e materiali, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2005, 1, p. 403 ss.

<sup>127</sup> Per approfondimenti si rinvia a F.CAPRIGLIONE, *Le banche cooperative ed il nuovo diritto societario. Problematiche e prospettive*, in Banca Borsa e titoli di credito, 2005, I, p.164.

<sup>128</sup> In tal senso A.CECCHERINI-S.SCHIRO', *Società cooperative e mutue assicuratrici: artt. 2511-2548 c.c.*, pag.61, 2008, Giuffrè editore.

<sup>129</sup> L'art. 2513 c.c. obbliga amministratori e sindaci a documentare nella nota integrativa al bilancio la condizione di prevalenza. La non applicabilità alle banche popolari è conseguenza della inapplicabilità a tali banche della disciplina della mutualità prevalente.

<sup>130</sup> G.PETRELLI, *Le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in Studi e materiali, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2005, 1, p. 412

del voto capitario. A queste si dovevano aggiungere anche quelle norme incisive sotto il profilo mutualistico come l'art.2511, in cui si definiva la cooperativa, come una società con scopo mutualistico o l'art. 2515 che imponeva, nella denominazione sociale, l'indicazione di società cooperativa e precludeva tale possibilità alle società non aventi scopo mutualistico, ma anche l'art. 2516 impositivo della parità di trattamento nella costituzione ed esecuzione dei rapporti mutualistici, nonché l'art. 2521 attributivo all'atto costitutivo del potere di indicare le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica, oltre a legittimare lo svolgimento di attività con i terzi. La lista era per la verità ancora lunga comprendendo anche l'art. 2527, comma 1, impositivo allo statuto dell'obbligo di indicazione dei requisiti per l'ammissione dei soci coerenti con lo scopo mutualistico e l'attività economica svolta, ma anche gli artt. 2532 e 2533 espressivi della separazione tra rapporto mutualistico e rapporto sociale, ed infine l'art. 2545, impositivo, per gli amministratori ed i sindaci, dell'obbligo di relazionare annualmente circa il conseguimento dello scopo mutualistico.

Queste norme perfettamente compatibili con la gestione di servizio, in aggiunta al fatto che la legislazione speciale non avesse dettato alcuna limitazione o esclusione dello scopo mutualistico, confermarono così la rilevanza del carattere mutualistico e quindi della gestione di servizio nelle cooperative bancarie.

In conclusione la riforma del 2003/2004 distinguendo, ex art. 2512 cc., tra mutualità prevalente e diversa, non ha certamente escluso, ma al più confermato, l'indefettibilità dello scopo mutualistico nelle società cooperative e dunque anche nelle banche popolari, pur in assenza di imposizioni di limiti quantitativi minimi.

La riforma ha però fatto di più, dissolvendo molte delle controversie precedentemente insorte circa il significato da attribuire al concetto di mutualità, non potendo ridursi lo stesso ad un fatto solo organizzativo o alla mutualità esterna, cioè ad obblighi di contribuzione e devoluzione a favore dei fondi mutualistici<sup>131</sup>. L'art. 150-bis TUB ha quindi avvalorato la tesi che rivendica anche per le banche popolari la necessità di un minimum di mutualità<sup>132</sup> interna<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Si veda F.SALERNO, *Le modifiche dell'art. 23-quater, D.L. 179/2012 alla disciplina delle Banche popolari*, in I battelli del Reno, 11 ottobre 2013, pag.4.

<sup>132</sup> Quanto alla definizione della mutualità nell'ambito delle banche popolari, si possono individuare almeno due diverse macro-impostazioni, suscettibili di ulteriori sotto ripartizioni:

La prima impostazione è quella (probabilmente preferibile) secondo cui nelle banche popolari lo scopo mutualistico coesiste con lo scopo di lucro ( Marasà, *Le banche cooperative*, Banca Borsa e tit.cred., 1998, I, 529; Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 422 ss.).

La seconda impostazione frutto dell'impostazione del Ferri si ripartisce in una serie di sottotesi:

-la tesi per cui uno scopo mutualistico nella sostanza mancherebbe ( così Rescigno, *Il nuovo volto delle banche popolari*, op.cit., 1994, I, 323; D'Amico, Commento all'art. 28, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia<sup>2</sup>, diretto da Capriglione, Padova, 2001, 229 ss.).

- la tesi per cui nelle banche popolari ci sarebbe solo una mutualità di tipo "strutturale", nel senso di organizzazione democratica (così Schiuma, *Le Banche popolari e l'organizzazione cooperativa delle società per azioni*, in Riv. dir. civ., 1996, II, 337 ss.).

- ed infine la tesi secondo cui vista la sostanziale "neutralità causale" le banche popolari andrebbero qualificate a seconda delle concrete previsioni del loro statuto e del concreto atteggiarsi nei rapporti con i soci e la clientela (Santosuosso, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, in Giur. comm., 1997, I, 451 ss., nonché in Salamone, *Le banche popolari ovvero: « la mutualità che visse due volte »*, op.cit., 2004, I, 594.)

<sup>133</sup> Non intesa nel senso del localismo, come dimostrato da G.FAUCEGLIA, *Esiste ancora il localismo delle banche popolari?*, in *Bancaria*, fasc. 11, 1995, 66.

identificabile, secondo l'interpretazione prevalente, nella gestione di servizio<sup>134</sup> oppure secondo altra tesi, forse preferibile, nel diritto del socio ad essere preferito ai terzi, a parità di condizioni, nella fase di erogazione del credito"<sup>135</sup>.

### 3.9 Gli interventi normativi del 2012

Nel tracciare le linee di evoluzione della disciplina delle banche popolari non si possono non considerare il d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91 ed il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che hanno inciso sul modello prevedendo sia (d.lgs.91/2012) l'applicazione di talune regole del decreto di recepimento della direttiva sui diritti degli azionisti anche alle cooperative quotate, che (d.l.179/2012) l'aumento dei limiti al possesso azionario e del numero minimo di azioni inteso anche come requisito per l'ammissione a socio, oltre che l'affidamento all'autonomia statutaria della determinazione delle quote di capitale rilevanti ai fini dell'esercizio di specifici diritti azionari come quelli relativi all'ordine del giorno in assemblea e all'elezione con voto di lista del CdA.

Queste novità, secondo una parte autorevole degli studiosi, non hanno inciso sul carattere mutualistico delle banche popolari o comunque non in misura tale da poter ribaltare nuovamente i termini del discorso così come impostati dalla riforma societaria del 2003 e dal correttivo contenuto nel d.lgs.n.310/2004.

L'impostazione derivante dal combinato disposto tra la riforma del 2003, che ha ricondotto la mutualità del codice civile alla sua dimensione interna, e l'art. 150-bis TUB, che ha poi fornito gli argomenti per ritenere tale impostazione valida anche per le banche popolari, senza dover ridurre il mutualismo di queste ad un momento solo organizzativo, rimane inalterata anche dopo le modifiche introdotte dall'art. 23-quater, le quali non hanno inciso in maniera determinante sul concetto di mutualismo<sup>136</sup>.

In effetti gli interventi del 2012 rinvergono, in un certo senso, la propria legittimazione proprio nella riforma del 2003, la quale pur se in astratto rese certamente più agevole la riconduzione delle banche popolari nell'alveo delle cooperative ed in specie tra quelle a mutualità non prevalente, in concreto

---

<sup>134</sup> La dottrina maggioritaria individua il significato del concetto di mutualità utilizzato dal codice civile in senso interno e nello specifico come "gestione di servizio" si veda: A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Giuffrè, Milano 2004, 32; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Zanichelli, Bologna 2010, 33; F. CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Giuffrè, Milano 2005, 88; V. CALANDRA BUONAURA, *Lo scopo mutualistico nel progetto di riforma delle cooperative*, in P. BENAZZO-S. PATRIARCA-G.PRESTI, *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, Giuffrè, Milano 2003, 190 ss.; L.F. PAOLUCCI, *La mutualità dopo la riforma*, in *Società* 2003, 398; G. PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in F. VELLA, *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Giappichelli, Torino 2004, 3 ss.; G. PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, in *Studi e materiali in tema di riforma delle società cooperative*, collana di studi del Consiglio nazionale del notariato, Giuffrè, Milano 2005, 3; S. SCHIRÒ, *Lo scopo mutualistico*, in G. MARASÀ, *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Cedam, Padova 2004, 55; G. TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Ipsoa, Milano 2004, 26; E. TONELLI, sub art. 2511 c.c., in M. SANDULLI-V. SANTORO, *La riforma delle società*, vol. IV, Giappichelli, Torino 2003, 13; L. GENGHINI-P. SIMONETTI, *Le società di capitali e le società cooperative*, tomo II, in L. GENGHINI, *Manuali notarili*, Cedam, Padova 2012, 1264.

<sup>135</sup> Così F.SALERNO, *Il governo delle banche cooperative*, pag. 67 ss.

<sup>136</sup> F.SALERNO, *Le modifiche dell'art. 23-quater, D.L. 179/2012 alla disciplina delle Banche popolari*, in I battelli del Reno, 11 ottobre 2013, pag. 21

accentuò le difficoltà di riconduzione all'area cooperativa per le banche popolari quotate.

Nel quadro così delineato, si alternarono una serie di progetti che, pur mossi dal comune intento rimediante rispetto alle difficoltà<sup>137</sup> di *governance* e di incremento delle capitalizzazione e patrimonializzazione di queste banche, non ebbero traduzione ordinamentale<sup>138</sup> almeno fino al 2012 quando entrò in vigore il d.lgs. n.91 con cui si estese il d.lgs 27/2010 anche alle cooperative quotate.

All'origine infatti il d. lgs. n. 27/2010, volto ad attuare la direttiva 2007/36/CE relativa all'esercizio di alcuni diritti degli azionisti di società quotate, escludeva le cooperative dall'applicazione di tali novità individuando però una serie di norme ad hoc<sup>139</sup>. Tali norme, sebbene tese ad integrare la disciplina della banche cooperative con disposizioni analoghe a quelle dettate per le società per azioni quotate, ebbero un impatto molto modesto sulla disciplina, essendo calibrate sulla volontà di tutelare la centralità dell'elemento personalistico, non redendosi quindi applicabile alle cooperative il sistema di voto o la disciplina delle deleghe previste in direttiva<sup>140</sup>.

Il d.lgs n.91 del 2012, abrogata la disciplina ad hoc dettata dal T.u.f., estese molte delle novità introdotte dal d.lgs. n. 27/2010 anche alle popolari.

Tale estensione non pose problemi di compatibilità con il carattere mutualistico e quindi con la ricostruzione teorica emersa con la riforma del 2003, essendo basata sulla necessità di garantire, anche nelle popolari quotate, una partecipazione societaria diffusa ed informata.

Maggiori problemi, almeno in apparenza, pose il decreto legge n. 179 del 2012, attraverso le modifiche prodotte dall'articolo 23-quater, che hanno interessato gli artt. 30 e 150 bis T.U.B. nonché gli artt. 126-bis, comma 1, e 147-ter, comma 1, T.U.F.

Quanto all'art. 30 T.U.B. si è inciso nel duplice senso dei limiti massimi di partecipazione, nonché sul possesso minimo azionario per l'acquisto ed il mantenimento della qualità di socio.

E' stato infatti elevato il limite del possesso azionario dallo 0,5% all'1% del capitale sociale, fatta salva la facoltà per lo statuto di disporre limiti più bassi ma comunque non inferiori 0,5%. In deroga ai limiti così previsti, gli statuti potevano fissare al 3 per cento la partecipazione delle fondazioni di origine bancaria, ciò a condizione che il superamento del limite sia dovuto ad operazioni di aggregazione.

Era stata prevista anche la possibilità per lo statuto delle Banche Popolari, al fine di favorire la patrimonializzazione della società, di subordinare l'ammissione a socio, oltre che a requisiti soggettivi, al possesso di un numero minimo di azioni, il cui venir meno comportava la decadenza dalla predetta qualità.

---

<sup>137</sup> Quindi i problemi residui non erano collegati al profilo mutualistico, ormai superato dalla riforma del diritto societario del 2004, ma alla difficoltà di *governance* e patrimonializzazione.

<sup>138</sup> G.BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in Banca Impresa Società n.2. 2012.

<sup>139</sup> Le norme ad hoc erano quelle introdotte nella Parte IV, Titolo III, Capo II del T.u.f. (artt. 135/135-octies)

<sup>140</sup> G.BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in Banca Impresa Società n.2. 2012.

Quanto all'art.150 bis, con l'aggiunta del comma 2-bis, si era affidato agli statuti delle Banche Popolari la determinazione del numero massimo di deleghe che potevano essere conferite ad un socio, fermo restando il limite di 10 deleghe previsto dal codice civile.

Quanto al T.U.F. fu modificato il 126-bis, comma 1. Era stato infatti disposto che, in materia di integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea e di presentazione di nuove proposte di delibera delle società quotate, i soci che rappresentassero almeno un quarantesimo del capitale sociale potessero chiedere, entro dieci giorni dalla pubblicazione dell'avviso di convocazione dell'assemblea (ovvero entro cinque giorni nei casi specificamente previsti dalla legge) l'integrazione dell'elenco delle materie da trattare. Le domande, unitamente alla certificazione attestante la titolarità della partecipazione, dovevano essere presentate per iscritto, anche per corrispondenza, ovvero in via elettronica. Per effetto della nuova disciplina, si disponeva che, per le società cooperative quotate, la misura rilevante del capitale venisse determinata dagli statuti, anche in deroga alle disposizioni (articolo 135 del TUF) che impongono che le percentuali di capitale siano rapportate al numero complessivo dei soci.

Quanto invece alla modifica del 147-ter, comma 1, fu previsto che in tema di elezione e composizione del Cda, fosse lo statuto a prevedere sia che i componenti del consiglio di amministrazione fossero eletti sulla base di liste di candidati, sia la quota minima di partecipazione richiesta per la loro presentazione. Queste non dovevano superare un quarantesimo del capitale sociale o la diversa misura stabilita dalla Consob.

In sostanza anche il d.l. 179/2012, non ha posto problemi di incisione sul carattere mutualistico. L'incremento tanto del numero di deleghe conferibili, quanto dei limiti massimi di partecipazione consentiti ai soci, hanno rilievo piuttosto marginale nella logica del discorso. Si pensi infatti che il limite dell'1% era inferiore a quello del 2% posto dall'art. 2525, comma 3, c.c. per le cooperative con più di 500 soci.

Analogo discorso vale poi per le modifiche al TUF, in quanto il riconoscimento della possibilità per lo statuto di derogare al principio generale riconoscendo taluni diritti in maniera proporzionale alla partecipazione posseduta, è presente anche nella disciplina codicistica all'art. 2543 c.2, a conferma della non incidenza snaturante sul profilo organizzativo.



### 3.10 Forma e sostanza

Lungamente dibattuto è stato il rapporto tra forma e sostanza nelle banche popolari, tanto è vero che un grande maestro del diritto commerciale come il Ferri, nel 1955, aveva affermato convintamente che alle banche popolari residuasse solo la forma di cooperativa ma non la sostanza<sup>141</sup>.

Si affermarono infatti diverse tesi sul punto, una prima proprio sulla base delle riflessioni del Ferri denunciava la discrasia tra forma e sostanze nelle banche popolari, avendo le stesse struttura organizzativa cooperativa ma scopo lucrativo. Si traeva conferma di ciò dalla constatazione della non applicabilità della legge n. 59/1992<sup>142</sup> alle banche popolari, poi ribadita anche dal T.u.b., e quindi dalla maggiore lucratività, dall'inesistenza di limiti all'attività con i terzi e dall'indicazione in termini percentuali dei limiti al possesso azionario consentiti.

Altra tesi configurava invece le banche popolari come istituto caratterizzato dalla neutralità sostanziale sotto il profilo funzionale, rendendo così la società astrattamente funzionale a perseguire tanto scopi mutualistici quanto lucrativi, in concreto poi definiti dallo statuto. Si corroborava tale ragionamento anche in virtù dei dati ricavabili dalla prassi statutaria<sup>143</sup>.

Secondo diversa e più corretta impostazione, le banche popolari avevano forma e sostanza cooperativa, essendo alle stesse applicabili le previsioni codicistiche previste dagli art. 2511 e 2515<sup>144</sup>. Questa tesi ebbe poi conferma dal nuovo art. 2520 e dall'introduzione dell'art. 150 bis del T.u.b.

L'art.2520 introdotto dal d.lgs. n.6/2003, ha infatti al primo comma ribadito la prevalenza delle leggi speciali rispetto al codice ed al secondo comma previsto il mantenimento della natura mutualistica anche per le cooperative operanti con i non soci, il che implicitamente significava che in assenza di apposita previsione normativa derogatrice, come per le banche popolari non essendo prevista dal T.u.b. alcuna deroga sul punto, dovesse trovare realizzazione una mutualità

---

<sup>141</sup> G.FERRI, *Banca popolare*, in Enc. dir., V, Milano 1959, p. 13; F.CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari 2001, p. 11 ss.; G.D'AMICO, *Commento all'art. 28*, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 230 ss.; P.SCHLESINGER, *Le banche cooperative*, in Riv. soc., 1994, p. 988 ss.; M.RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, p. 322 ss.; F.CASTIELLO, *Cooperazione e cooperative*, in Enc. giur. Treccani, IX, Roma 1988; A.GAMBINO, *Sulla trasformazione delle banche popolari in aziende di credito ordinarie*, in Giur. comm., 1984, I, p. 1008;

<sup>142</sup> in particolare la mutualità esterna e gli obblighi di contribuzione ai fondi mutualistici.

<sup>143</sup> L.SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, p. 610 ss.; B.PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2001, I, p. 698; G.MARASA', *Le banche cooperative*, p. 550; D.U.SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, in Giur. comm., 1997, I, p. 434 ss.; G.PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 192; M.PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, in Corr. giur., 1992, p. 1114;

<sup>144</sup> M.PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 55 ss.; A.BASSI, *Commento all'art. 29*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, , p. 455 ss., 462; R.COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2001, p. 374; F.SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1994, I, p. 348 ss.; G.OPPO, *Quesiti in tema di trasformazione e fusione eterogenea di banche popolari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1992, I, p. 780 ss;

interna. Tale previsione è quindi una prima conferma della rilevanza della causa mutualistica.

Altra conferma si è avuta con il nuovo art. 150-bis il quale esclude dall'applicazione alle banche popolari solo norme non decisive quanto al carattere mutualistico. La norma infatti statuisce, in maniera del tutto coerente rispetto all'art. 29 c.4, la non incidenza della mutualità prevalente sulle popolari disponendo, infatti, la non applicabilità degli art. 2512 e 2513 c.c., nonché la previsione della inapplicabilità degli artt. 2514 e 2545 quinquies, non sottoponendo quindi le popolari all'obbligo di limitazione del lucro soggettivo e all'obbligo di contribuzione a fondi mutualistici, riducendo così le previsioni sul punto al solo art. 32 T.u.b. che impone solo l'obbligo di destinare a riserva legale il 10% degli utili annui.

L'art. 150 bis, implicitamente, prevede invece l'applicabilità alle popolari delle norme maggiormente caratterizzanti sotto il profilo mutualistico come il 2511 ed il 2515. La difesa mutualistica non si è limitata quindi al richiamo a norme definitorie le quali potevano essere contraddette dalla restante disciplina sostanziale, infatti come si è appurato sono applicabili alle popolari le norme maggiormente caratterizzanti sotto il profilo mutualistico.

Non sono poi validi argomenti, quelli utilizzati dalla dottrina, per negare la sostanza mutualistica alle popolari come ad esempio la maggiore lucratività delle popolari o l'indicazione in termini percentuali dei limiti al possesso azionario consentiti e questo per una serie di ragioni.

In primis l'assenza di limiti legali alla ripartizione degli utili non è astrattamente incompatibile con l'esistenza dello scopo mutualistico, come non lo è lo svolgimento in prevalenza dell'attività con i terzi. Il fatto che non ci sia una norma che imponga un limite alla distribuzione degli utili, non esclude l'esistenza di uno scopo mutualistico, lo scopo di lucro può dunque coesistere con lo scopo mutualistico non essendo antitetici nei limiti in cui lo scopo di lucro non diventi ostacolo alla realizzazione di quello mutualistico. Che abbia poi rilievo essenziale la funzione mutualistica nelle popolari lo conferma implicitamente l'art. 150 bis comma 6, riconoscendo allo statuto la facoltà di prevedere ristorni a favore dei soci. Lo scopo mutualistico delle banche popolari secondo alcuni autori è assicurato non necessariamente attraverso il riconoscimento ai soci di vantaggi economici ad esempio nella forma del ristorno, ma già in una fase precedente ed individuabile nella messa a disposizione del servizio bancario. La gestione di servizio è poi del tutto compatibile con l'esercizio in via prevalente dell'attività a favore di terzi, specie a seguito della riforma del 2003 che ha introdotto la mutualità diversa non prevalente. Gestione di servizio non significa mutualità prevalente ma vantaggio mutualistico ai soci, il che non implica necessariamente la limitazione dell'attività con i terzi.

In secondo luogo, non è sintomatica della discrasia rispetto al modello cooperativo, la previsione di cui all'art. 30 c.2 che fissa in misura percentuale il limite al possesso azionario, in virtù della previsione contenuta nell'art. 2525 c.3 c.c.

Altrettanto non condivisibile è poi la tesi che proclama la neutralità funzionale dello schema societario delle banche popolari.

Non sono infatti validi indici sintomatici di neutralità, né l'analisi delle prassi statutarie, né la previsione di cui all'art. 31 tub, né la mancata fissazione requisiti soggettivi per la partecipazione sociale, né il gradimento al trasferimento.

La previsione di cui all'art. 31 che consente trasformazioni di banche popolari in società per azioni e fusioni a cui partecipino anche banche popolari e da cui risultino società per azioni, è del tutto coerente con quanto disposto per le cooperative a mutualità non prevalente dall'art. 2545 decies c.c.

Le prassi statutarie non hanno poi rilievo giuridico tale a legittimare l'affermazione dell'assenza di sostanza mutualistica nelle popolari, essendo al più prassi *contra legem*.

L'assenza di statuizione normative volte a fissare i requisiti soggetti di partecipazione sociale è previsione assimilabile a quelle operante per le altre cooperative in virtù di quanto disposto dall'art. 2527 c.c.

Infine la previsione che limita l'acquirente non gradito all'esercizio dei soli diritti patrimoniali non è conferma della finalità lucrativa ma bensì proprio dell'opposto e cioè della volontà di neutralizzare le istanze di soggetti che possano incidere negativamente sullo scopo mutualistico.

### 3.11 Considerazioni conclusive: la forma è sostanza (nel contratto di società)

La tendenza volta a giustificare un'analisi degli istituti nell'ottica della separazione tra dato formale ed essenza sostanziale, è ormai divenuta granitica certezza del nostro ordinamento, in quanto strumento antico di lavoro ma tutt'oggi utilizzato dalla dottrina tanto privatistica quanto pubblicistica e, più di recente, recepito anche dalla giurisprudenza in virtù delle influenze provenienti dall'ordinamento comunitario tutto improntato in ottica sostanzialistica<sup>145</sup>.

Fior di studiosi hanno sostenuto e continuano a sostenere, le potenzialità di un'analisi tutta improntata sulla separazione della forma dalla sostanza. Il Ferri<sup>146</sup>, come già detto, affermò infatti che le banche popolari ne fossero un fulgido esempio essendo dotate solo della forma (organizzativa) di società cooperativa ma non della sostanza (causa) mutualistica. Tale tesi, si noti bene, è posta a fondamento della riforma del d.l. 3/2015, o almeno così si legge nella relazione al decreto<sup>147</sup>.

Al di là del fatto che il concetto di forma nel diritto privato, guardando al contratto come atto e non come rapporto, designa la modalità di esteriorizzazione della volontà negoziale e non certo l'aspetto organizzativo societario (o meglio la conformazione organizzativa esteriore) ed oltre al fatto che anche in senso tecnico/normativo sono notevoli i passi in avanti fatti dalla dottrina e dalla disciplina civilistica rispetto alla visione originaria del codice del 1942, tendendo ormai ad affermarsi l'unità di forma e contenuto nell'accordo, ripudiando ogni

---

<sup>145</sup> La giurisprudenza recente sostiene ad esempio la prevalenza del dato sostanziale su quello formale per riconoscere la responsabilità amministrativa dei danni degli amministratori di società in house.

<sup>146</sup> G. FERRI, *Banca popolare*, in Enc. dir., vol. V, Milano, 1959, 13.

<sup>147</sup> Si veda la Relazione presentata dal Governo ed allegata al disegno volto alla conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti.

analisi meramente strutturale della forma ed esaltandosi proprio il profilo contenutistico/funzionale<sup>148</sup>, non riconoscendosi più alla stessa carattere neutrale, ci si pone una domanda:

Siamo sicuri che questo profilo di analisi sia corretto rispetto al contratto di società? Non si potrebbe superare, perlomeno in tale ambito, l'impostazione ciceroniana che volle distorcere il significato filosofico del termine forma riducendolo a sinonimo di apparenza esteriore, anche in virtù delle recenti tendenze di derivazione comunitaria e della legislazione speciale civilistica<sup>149</sup>?

A tale scopo Aristotele è illuminante.

La sostanza non è altro che l'insieme di forma (morphé) e materia (hyle).

La forma non è però mero aspetto esteriore delle cose ma corrisponde con l'intima natura delle cose<sup>150</sup>.

La forma ovviamente non potrebbe esistere senza la materia nell'esperienza del mondo tangibile. Per questo dall'unione tra forma e materia deriva la sostanza.

La forma è essenza delle cose non conformazione esteriore

In base a questa argomentazione di ispirazione aristotelica, potremmo quindi giungere a sostenere l'inseparabilità del profilo forma da quello sostanziale, in quanto la forma non è il mero aspetto esteriore delle cose ma l'insieme degli elementi indefettibili e necessari che caratterizzano le cose.

Aristotele, infatti, distingueva la sostanza dall'accidente. Gli elementi accidentali possono mutare senza alterarne la sostanza, mentre ci sono elementi costanti che non possono mutare in quanto rendono le cose ciò che sono.

Come confermato da illustri autori, il dialogo tra diritto privato e filosofia, oggi è più che mai essenziale, non solo e non tanto perché il diritto è parte del fenomeno sociale per cui la norma non può essere valutata separatamente dallo stesso, ma anche e soprattutto perché alla base del diritto vi è sempre una filosofia di fondo, che si relativizza e contestualizza con lo scorrere del tempo e l'evoluzione sociale<sup>151</sup>.

Oggi le principali linee di tendenza del diritto civile sono nell'ottica di una "drittwirkung" indiretta e nel senso di una maggiore attenzione al dato della giustizia sostanziale, come dimostra l'affermarsi della causa in concreto. Questi, non sono altro, se non tentativi di aprire alla post modernità un codice di matrice

---

<sup>148</sup>R.DE ROSA, *Analisi funzionale della forma*, Giuffrè editore, 2011; G.CHINE',M.FRATINI,A.ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto editore, 2016, pag. 1251 a proposito del "neoformalismo" nella legislazione speciale; M.FRATINI, *Il sistema del diritto civile vol.3 il contratto*, Dikè giuridica, 2017 pag. 72.; G.CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè, 2001, p.228 e ss..

<sup>149</sup>G.CHINE',M.FRATINI,A.ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto editore, 2016, pag. 1251 in cui nella nota n.95 si fa riferimento "all'art. 71, in materia di contratti di multiproprietà, all'art. 85, in materia di vendita di pacchetti turistici, del d.lgs.206/05 (c.d. codice del consumo), all'art.117 del d.lgs 385/93, agli artt. 23 e 24 d.lgs 58/98 o infine all'art. 2 della l.n. 192/98 in tema di subfornitura". Facendosi quindi riferimento al c.d. secondo e terzo contratto.

<sup>150</sup>In tali termini si esprime G.REALE, *Il pensiero antico*, pag. 194

<sup>151</sup> P.PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, edizioni scientifiche italiane, pag. 6 ss.

moderna<sup>152</sup>. Si è così affermata una forte tendenza volta a superare una visione formalistica e dogmatica del diritto civile, a favore della dimensione sostanzialistica, forse anche in virtù della funzione precettiva dell'art. 3 comma 2 Cost.<sup>153</sup>.

Alla concezione della causa come funzione economico sociale, cioè come tipo certamente caratterizzante il codice civile al momento della sua entrata in vigore, si è quindi più di recente affiancata la tesi della causa in concreto. In tale ottica, l'accusa di una discrasia del profilo formale da quello causale sostanziale, sembrerebbe trovare un valido elemento di giustificazione.

Configurando la causa, non come la funzione in astratto perseguita dal legislatore, ma come la funzione individuale che in concreto le parti hanno perseguito con il contratto, ben si renderebbe possibile un diaframma tra tipo e causa in concreto.

Questo ragionamento però, in tema di diritto commerciale e precisamente in relazione al contratto di società, non assume rilievo perché il concetto di causa del contratto societario è difforme dal generico concetto civilistico che, in assenza di definizione normativa, è ormai dalla dottrina e giurisprudenza prevalente individuato nella funzione economico individuale.

Questa difformità può essere spiegata facendo rilievo ai caratteri peculiari del contratto di società, in primis l'appartenenza alla categoria dei contratti associativi e non all'alveo dei contratti a prestazioni corrispettive, avendo quindi una causa caratterizzata non dalla contrapposizione degli interessi delle parti ma dalla comunanza di scopo, in secondo luogo guardando alle ragioni sottese al principio di inammissibilità delle società atipiche ex art. 2249 c.1 con cui si deroga all'art. 1322 c.1 e la cui giustificazione si rinviene nel fatto che il contratto di società è destinato a produrre effetti, non solo fra le parti, ma anche di fronte ai terzi<sup>154</sup>.

Se si guarda alle applicazioni giudiziali della tesi secondo cui la causa del contratto è la funzione economico-individuale, si comprende come questa nasca per rispondere ad esigenze di giustizia sostanziale del tutto inesistenti nei contratti con comunione di scopo. L'applicazione della concezione concreta della

---

<sup>152</sup> P.GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, nel quale il Grossi evidenziando il passaggio dalla modernità alla post modernità, configura il codice civile del 1942 come il colpo di coda del modernità cioè di quella concezione del diritto, sviluppatasi con la rivoluzione del 1789, di matrice eminentemente borghese e quindi portatrice della riduzionistica istanza volta a ridurre l'essere umano alla dimensione dell'avere. Il codice del 1942 è quindi l'esperienza finale di una visione volontaristica del diritto prodotto dall'alto e non dal basso cioè dai privati e caratterizzato dall'astrattezza e dal formalismo e dalla dimensione storica del diritto. La Costituzione del 1948 invece rappresenta già la post modernità non è infatti concepito come atto di volontà ma come atto cognitivo volto a tradurre in norma i valori individuati nelle trame della società. Si riconosce quindi al diritto la sua dimensione storico relativa e si ridimensiona l'astrattezza ed il dogmatismo. Assume in tal contesto ruolo centrale l'interprete che assume una funzione quasi creativa del diritto in quanto, nello svolgimento della sua attività cognitiva, intermedia tra testo normativo e vita, non riconoscendosi più alla legge il carattere dell'autosufficienza.

<sup>153</sup> Da una giustizia di forma ad una di sostanza. Sul punto emblematica è la frase di Anatole France in il *Giglio Rosso VII*, ove l'A. mostra plasticamente la contraddizione per cui: "la legge, nella sua solenne equità, proibisce al ricco come al povero di dormire sotto i ponti, di elemosinare nelle strade e di rubare pane".

<sup>154</sup> M.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale vol.2 diritto delle società*, pag.51

causa trova infatti ricadute giurisprudenziali prevalentemente se non esclusivamente in tema di contratti a prestazioni corrispettive<sup>155</sup>.

Infine la ricostruzione della causa in ottica individualistica non è coerente con esigenze di tutela dei terzi, legate all'affidamento e all'apparenza, nonché esigenze di ordinato svolgimento della vita economica che quindi tendono ad escludere il rilievo della funzione economico individuale o quanto meno ad appiattirla sulla funzione sociale.

Al di là di tutto ciò, sia che si aderisca alle tesi della forma come sostanza (o meglio alla inseparabilità dei due profili), sia che si aderisca alla tesi per cui la forma è conformazione esteriore (separabile dalla sostanza), in entrambi i casi la critica che evidenzia una discrasia, nelle popolari, tra forma e contenuto non coglie nel segno.

Entrambe le letture partono da una comune constatazione ossia quella della piena compatibilità tra norma definitoria e disciplina sostanziale. La disciplina definitoria del 2511/2515 c.2 c.c. non è contraddetta dalla disciplina sostanziale, non essendo quindi sostenibile la tesi della mancata previsione della mutualità come scopo principale, essendo invece applicabili alle popolari (come già detto) le norme codicistiche maggiormente caratterizzanti sotto il profilo mutualistico.

Accogliendo la tesi della forma come aspetto esteriore e tralasciando il fatto che nel codice civile il concetto di forma è inteso come mezzo esteriore di espressione della volontà negoziale e non come conformazione organizzativa esteriore dell'ente in quanto riferito all'atto e non al rapporto, tuttavia sarebbe non condivisibile la presunta discrasia tra forma organizzativa cooperativa e sostanza causale non mutualistica, essendo applicabili alle banche popolari le norme codicistiche che maggiormente caratterizzano in senso mutualistico le società cooperative, specialmente con l'introduzione del 150 bis tub. In tale ottica le banche popolari hanno quindi forma organizzativa di società cooperativa e sostanza causale mutualistica.

Accogliendo invece la tesi di ispirazione aristotelica, il fondamento della denunciata discrasia già teoricamente sarebbe inaccettabile, la forma del contratto come rapporto (cioè dell'ente societario) non è infatti solo la conformazione organizzativa esteriore (cioè la disciplina organizzativa) ma ricomprende anche la (o meglio è inscindibilmente legata alla) causa. La forma giuridica societaria, intesa come contenuto essenziale minimo delle regole organizzative dell'ente, incide sulla causa.

In tale ottica, il contratto di società come rapporto non potrebbe avere una disciplina normativa che neutralizzi la causa del contratto (inteso come atto), proprio perché il contratto come rapporto è strumentale all'attuazione del contratto come atto.

Quale legislatore razionale potrebbe prevedere per il contratto come atto una causa e per il contratto come rapporto una causa difforme o neutra ?

---

<sup>155</sup> Per approfondimento delle principali declinazioni giurisprudenziali della causa in concreto si veda V.ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, nè compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, Rivista di diritto civile, 2013, n. 4, CEDAM, p. 957 ss.

Non è cioè prospettabile una separazione del profilo della forma da quello della sostanza, tanto nel contratto di società inteso come atto, quanto nel contratto di società inteso come rapporto, stante lo stretto nesso di strumentalità che li lega. La forma giuridica societaria è unità di organizzazione e funzione.

In tale ottica, o si dice che le banche popolari non abbiano non solo sostanza ma neanche forma di cooperativa, dimostrando la carenza del contenuto minimo caratterizzante le cooperative, o altrimenti si deve ritenere che la forma cooperativa della banca popolare, implica necessariamente una sostanza mutualistica, a nulla rilevando l'eventuale affermazione di ulteriori funzioni, specie quando sia il legislatore stesso a tipizzare la doppia natura funzionale, specialmente dopo la riforma del diritto societario del 2003 che ha introdotto la categoria delle cooperative a mutualità diversa.

La tesi di ispirazione aristotelica, pur giungendo allo stesso risultato, ha quindi una maggiore coerenza logica e sistematica escludendo a priori artificiosi elaborazioni teoriche di dubbia coerenza assiologica, negando alla neutralità delle forme rilievo di principio generale, perlomeno in ottica societaria. La tesi sembra quindi perfettamente coerente con la concezione della causa in astratto abbracciata dal diritto societario ed implica la negazione del principio di neutralità delle forme giuridiche.

Cheché se ne dica, tanto nella più recente dottrina quanto in giurisprudenza, nel diritto commerciale non trova spazio il principio di neutralità delle forme, non essendo possibile "separare la forma dalla sostanza causale del contratto di società"<sup>156</sup>, se non per via legislativa.

L'opzione, di chiara matrice sovranazionale, volta ad affermare la neutralità delle forme giuridiche è infatti probabilmente connessa alla poca attenzione verso il dato causale che si riscontra a livello europeo ed internazionale, come confermato dai c.d. principi Lando (art.2:101) e Unidroit (art.3.2), ove risulta assolutamente marginalizzato, per non dire escluso, ogni rilievo al concetto di causa non qualificato come elemento essenziale del contratto<sup>157</sup>.

Seguendo l'insegnamento della dottrina commercialistica tradizionale, si deve infatti assegnare alla definizione contenuta nell'art. 2247 c.c. un significato più

---

<sup>156</sup> Così C.P.CIRILLO, *la società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in Rivista del notariato, 2015, fasc. 4, p. 871, ove si afferma anche che il principio di neutralità delle forme: "sconvolgendo l'ordine pubblico economico, sembra celare l'idea che il legislatore possa tutto, anche separare la forma dalla sostanza causale del contratto d'impresa, consentendo la somministrazione della personalità giuridica di diritto pubblico a strutture civilistiche che non sembrano tollerarla o il disfaccimento (e il rifacimento) di formule organizzatorie collaudate, e comunque in linea con la Costituzione, che vuole distinta l'impresa pubblica da quella privata"; nonché F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in Rivista della Corte dei Conti, 2014, p. 4/5, in cui l'A. constata come la dottrina pubblicistica affermando il principio della neutralità delle forme, contesti l'appartenenza al diritto civile dell'istituto societario, rivendicando la neutralità della forma societaria rispetto alla dicotomia ente pubblico-ente privato. L'autore prende come parametro di riferimento le riflessioni di Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, p. 649 ss., secondo il quale il Codice civile non qualificando la società come soggetto di diritto privato (a differenza delle fondazioni ed associazioni) non configura la stessa come il frutto di una opzione legislativa privatistica. Secondo Goisis tale ricostruzione è scorretta non considerando lo scopo di lucro contenuto nell'art. 2247 cod. civ.

<sup>157</sup> M.NUZZO, *La causa in Il diritto europeo dei contratti d'impresa: autonomia negoziale dei privati a cura di Pietro Sirena*, 2006 pag.196

profondo e complesso rispetto alla riduzionistica e neutralizzante visione che declassa l'istituto societario a mera forma organizzativa priva di sostanza caratterizzante. Deve infatti assecondarsi una ricostruzione dell'istituto societario incentrata sul profilo contrattuale/funzionale e non solo su quello organizzativo, determinandosi altrimenti incoerenze ed incertezze disciplinari. Sarebbe opportuno quindi un ritorno alla tradizione, avendo effetti denaturanti e non ossequiosi della previsione normativa, la teoria secondo la quale il diritto delle società è ormai divenuto *"il diritto dell'impresa organizzata"*<sup>158</sup>.

Tale tesi nasconde infatti una concezione opinabile del fenomeno societario, non a caso proprio l'impostazione sposata dal Ferri<sup>159</sup>, che riducendo il contratto a momento meramente strumentale alla nascita della società<sup>160</sup>, esclude che lo stesso, una volta venuta ad esistenza l'organizzazione societaria, eserciti *"più alcuna funzione giacché"* vi sarebbe *"un autonomo soggetto, la società, con organi, con proprio patrimonio e propria attività"*. In tale ottica la disciplina societaria non sarebbe *"dunque una normativa che ha per oggetto l'esecuzione di un contratto ma una normativa di un'attività oggettivamente considerata"*<sup>161</sup>.

Invero pur a distinguere la società come contratto dalla società come organizzazione<sup>162</sup>, non si può tuttavia ridurre il contratto, invertendo i termini del discorso, a mero strumento genetico. Al più i termini del rapporto di strumentalità sarebbero esattamente all'opposto, infatti *"l'organizzazione societaria è e resta sempre un'organizzazione strumentale, essendo il mezzo per attuare il contratto di società, è infatti quest'ultimo a fissare le basi della partecipazione di ciascun socio all'attività comune ed ai risultati della stessa"*<sup>163</sup>. Non si può quindi ridurre la disciplina societaria a mera normativa di attività oggettivamente considerata, la stessa è infatti una normativa che ha ad oggetto l'esecuzione di un contratto.

Più che alla dicotomia contratto/organizzazione sarebbe preferibile riferirsi a quella atto/rapporto<sup>164</sup>, proprio a sottolineare che il rapporto è un'attuazione del contratto come atto e quindi pur sempre riconducibile al concetto di contratto<sup>165</sup>, specie per i rapporti di durata<sup>166</sup>.

---

<sup>158</sup> F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 2011, pag.34 .

<sup>159</sup> G.FERRI, *La tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma*, in Riv.soc.1961 pag. 177 ss

<sup>160</sup> In tal senso F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 2011, pag.34

<sup>161</sup> A.DI MAJO, *La disciplina generale del contratto: dalle Istituzioni di Diritto Privato a cura di Mario Bessone*, pag.634 ,2013; Sul punto F.FERRARA F.CORSI, *Gli imprenditori e le società*, giuffrè, 2009, pag.213 ove si afferma che questa impostazione in realtà è stata declinata in due varianti, la prima in senso semplicemente organizzativo (Mossa in Soc. Comm. Pers. Pag.185) mentre la seconda in senso di istituzione sociale (Asquini in Batteli del Reno, riv. Soc. 1959 pag.617 /Ferri in *La tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma*, Riv.soc. pag. 177 ss) ove, non ci si limita a separare il momento organizzativo da quello genetico, ma si equipara il profilo funzionale delle imprese rilevanti con l'interesse generale e non con quello dei soci. I soggetti creano la società attraverso il contratto, ma una volta creata, questa, sfugge dalle loro mani, avendo propria autonomia. Questa tesi all'A. non pare condivisibile perché il diritto positivo vigente considera la società funzionale alla soddisfazione dell'interesse dei soci.

<sup>162</sup> G.F.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale vol.2: le società*, ottava edizione, p.52, 2014

<sup>163</sup> *Ivi*, p. 54,

<sup>164</sup> F.GALGANO, *Trattato diritto civile vol.2*, terza edizione, Cedam, ove si afferma che Il contratto come atto è la fonte delle obbligazioni e dei diritti delle parti, mentre l'esercizio dei diritti e l'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto costituiscono il rapporto cioè gli effetti della esecuzione del contratto

<sup>165</sup> Sul punto F.FERRARA F.CORSI, *Gli imprenditori e le società*, giuffrè, 2009, pag.209

<sup>166</sup> G.C.M.RIVOLTA, *La società come rapporto di durata*, Riv. Soc. 1962, pag.34;



In tale ottica, dunque, la società è un contratto plurilaterale con comunione di scopo ed in forza dell'art. 1323 c.c. è sottoposta alle norme sui contratti in generale. Ad aver natura contrattuale non è però solo l'atto ma anche il rapporto (contrattuale), costituendo l'attività degli organi sociali l'esecuzione del contratto di società<sup>167</sup>.

A conferma di ciò, si pone anche il fatto che parte autorevolissima della dottrina<sup>168</sup> ha interpretato molte delle scelte operate dalla riforma del diritto societario del 2003 come icastiche opzioni per le teorie contrattuali<sup>169</sup>, in tal senso operando il maggior rilievo riconosciuto all'autonomia statutaria delle s.r.l. e la conseguente sfumatura dei contorni di tipicità oltre che la disciplina del recesso.

Anche il novellato, art.2511 c.c., può essere letto come indicativo di tale tendenza, infatti mentre l'originario art. 2511 c.c., prevedendo che le imprese con scopo mutualistico potevano costituirsi con forma di società cooperativa, sembrava ridurre la cooperazione di cui all'art.45 Cost. a formula meramente organizzativa, la nuova disposizione individuando nello scopo mutualistico un carattere qualificante della cooperativa come società, sembra invece tenere in debita rilevanza il profilo funzionale.<sup>170</sup>

Questo non vuol certo significare l'inutilità del profilo organizzativo, ma solo l'inseparabilità da quello funzionale, in quanto entrambi colgono differenti aspetti della società/contratto e cioè l'uno il momento statico/genetico dell'atto e l'altro il momento dinamico del rapporto.

In conclusione, queste affermazioni rispetto alle banche popolari, potrebbero apparire contrastanti con il ragionamento sin qui articolato sotto il profilo della riconducibilità dello scopo mutualistico in quello di lucro indicato dall'art. 2247 c.c. In realtà deve però considerarsi che nello scopo di lucro rientra certamente anche lo scopo mutualistico, optando la migliore dottrina per una interpretazione ampia di scopo di lucro idonea a ricomprendervi qualsiasi vantaggio economico anche quello mutualistico<sup>171</sup>. E da ciò consegue che anche le società cooperative, nel cui alveo si inseriscono le banche popolari, devono essere coerenti con lo scopo causale normativamente imposto, non essendo le società mero schema organizzativo neutro. Quindi l'analisi volta a negare cittadinanza alla neutralità delle forme nel diritto societario attraverso il ripudio della concezione che vede la società sotto il profilo meramente organizzativo e con l'attribuzione di rilievo al

---

<sup>167</sup> Illuminante sul punto F.GALGANO, *Le società in genere, le società di persone*, in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, XXVIII, terza edizione, 2007 pag.15 ove si afferma in termini perentori che il contratto di società è un contratto plurilaterale con comunione di scopo ed in forza dell'art. 1323 c.c. è sottoposto alle norme sui contratti in generale. Ciò non varrebbe solo per l'atto ma anche per il rapporto contrattuale, essendo l'attività degli organi sociali l'esecuzione del contratto di società. L'A. a conferma richiama la sent. Cass. 26 Ottobre 1995, n.11151, in cui si afferma che i soci debbono ispirare i loro rapporti ed il loro comportamento assembleare al principio delle buona fede.

<sup>168</sup>G.B.PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in Corr.giur, 2003, 145

<sup>169</sup> F.DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in Giurisprudenza Commerciale, fasc.1, 2015, p. 5 e ss., ove si opta per una ricostruzione contrattualistica anche di alcune previsioni della riforma del 2003 che da taluni erano state lette come forme espressive dell'opzione istituzionalistica.

<sup>170</sup> N.ABRIANI, *Diritto Commerciale a cura di Niccolò Abriani*, Giuffrè editore, 2011, pag.326

<sup>171</sup> G.MARASA', *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese (riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in Giur. Comm.I,2012, pag.198 ss. ove si afferma che " il lucro, in una accezione ampia, può richiamare un certo tipo di mutualità" cioè quella egoistica.

dato funzionale, solo in apparenza potrebbe risultare contraddittoria rispetto al tema delle banche popolari. Così non è, in quanto queste non hanno perso la naturale funzione tipica per tutti i motivi in precedenza adottati anche se con motivazioni in parte differenti a seconda della nozione di forma per la quale si decida di optare.

In sintesi, quello che si tenta di sostenere, è che seppur il risultato finale raggiunto sia lo stesso, tanto aderendo alla tesi della forma come conformazione esteriore, quanto optando per la tesi della forma societaria come sostanza, il processo logico ed i corollari che ne conseguono mutano.

Optando per la tesi della forma come conformazione organizzativa esteriore, ne deriva la neutralità delle forme rispetto alla causa<sup>172</sup> e quindi la separabilità dei profili organizzativi e funzionali.

Affermando che la forma societaria corrisponde alla sostanza, se ne deduce, invece, l'inseparabilità del profilo organizzativo da quello funzionale.

Credo infatti che la società (cooperativa) sia sempre un unicum contrattuale, tanto sotto l'aspetto dell'atto, tanto come rapporto. In tale ottica questi profili sono inseparabili. La forma societaria è unità di organizzazione e funzione.

Questa affermazione, ritengo sia corroborata dalla evoluzione della disciplina delle banche popolari. Al momento genetico, cioè sotto la vigenza del codice del 1865, essendo assente una normativa apposita del fenomeno cooperativo ed applicandosi quindi la disciplina delle società anonime, era lasciata all'autonomia statutaria la caratterizzazione in senso popolare, tanto dal punto di vista organizzativo che funzionale, della banca. In tal contesto era quindi del tutto legittima l'accusa di carenze non solo sostanziali ma anche organizzative. Con il Codice del commercio del 1882 si introdusse una disciplina dell'organizzazione ma non quella della funzione, dando così fondatezza alle accuse di divaricazione tra organizzazione e finalità mutualistica. Con il codice civile del 1942 e con le successive normative speciali, la situazione mutò essendo imposta non solo una certa disciplina dell'organizzazione ma anche e soprattutto attraverso un collegamento con la funzione mutualistica, statuendo positivamente l'unità di organizzazione e funzione. In tal contesto le critiche circa una presunta dissociazione tra dato organizzativo formale e dato funzionale, non ritengo colgano nel segno, essendo fisiologica l'evoluzione del significato contenutistico di concetti di portata non solo giuridica ma anche economica, specie in assenza di definizione normativa. Non credo quindi fosse fondata la critica che riducendo gli artt. 2511 e 2515 a norme meramente definitorie le riteneva neutralizzate o contraddette dalla disciplina sostanziale, né tantomeno ritengo si potesse parlare di eterogenesi dei fini specialmente alla luce della riforma 310/2004 che ha introdotto il 150 bis<sup>173</sup>.

Come affermato da Costi *“è solo postulando che le banche popolari siano designate come società con scopo mutualistico che trovano adeguata spiegazione alcuni importanti tratti della loro organizzazione; tratti che non sarebbero giustificati se le stesse fossero società con scopo esclusivamente*

---

<sup>172</sup> G.SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in Riv. Dir. Civ. 1973;

*lucrativo*". La Banca popolare quindi, come tutte le cooperative<sup>174</sup>, ha causa mista sia mutualistica che lucrativa, "ma la struttura organizzativa è essenzialmente modellata sulla causa mutualistica (gradimento, tetto partecipazione, voto pro capite) non perfettamente funzionale al perseguimento di un utile da dividere tra i soci"<sup>175</sup>. Questo vuol significare che l'organizzazione incide sulla funzione e da una organizzazione cooperative non può che derivare uno scopo mutualistico inevitabilmente imposto dalle regole organizzative (forma), al cui fianco e però possibile rinvenire anche uno lucrativo, il quale però non potrebbe mai neutralizzare quello mutualistico ma al più attenuarlo, ma ciò è perfettamente conforme alla disciplina codicistica che ha riconosciuto anche le cooperative a mutualità non prevalente.

---

<sup>174</sup> In tal senso G.F.CAMPOBASSO, *diritto commerciale: vol.2*, op.cit.,pag. 606, ove si afferma che le società cooperative hanno uno scopo prevalentemente, e non esclusivamente, mutualistico. Se l'atto costitutivo lo prevede possono infatti svolgere anche attività con i terzi ex art. 2521 comma 5, producendosi così lucro oggettivo. Nelle cooperative la gestione di servizio può coesistere con un'attività a favore dei terzi produttiva di utili. Incompatibile resta solo la distribuzione integrale degli utili ai soci. Non è quindi impedito il lucro oggettivo ma è limitato il lucro soggettivo (meno nelle cooperative a mutualità diversa e più in quelle a mutualità prevalente), per l'ovvia ragione che l'attività con i terzi è quasi sempre indispensabile per raggiungere livelli di efficienza e competitività idonei a garantire la sopravvivenza sul mercato.

<sup>175</sup> R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari*, Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?", Pescara, 16 giugno 2015 in Banca borsa e titoli di credito, 2015, fasc. 5, pt. 1, p. 576

## Capitolo II “ La riforma introdotta dal d.l. 3/2015”

*“Le idee degli economisti e dei filosofi politici, tanto quelle giuste quanto quelle sbagliate, sono più potenti di quanto comunemente si pensa. Gli uomini della pratica, i quali si credono affatto liberi da ogni influenza intellettuale, sono spesso gli schiavi di qualche economista defunto. Pazzi al potere, i quali odono voci nell'aria, distillano le loro frenesie da qualche scribacchino accademico di pochi anni addietro”.*

Cit. J.M.Keynes, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, 1936.

### 1) La riforma (rectius le riforme).

La riforma introdotta dal d.l. 24 gennaio 2015 n.3, poi convertito con modificazioni dalla l.24 marzo 2015 n.33<sup>176</sup>, è stata senza dubbio una riforma attesa da molti anni rispetto al settore della cooperazione creditizia, ma si è prodotta con contenuti e finalità del tutto imprevisi<sup>177</sup>. La stessa del resto solo ad una lettura superficiale potrebbe apparire come una modifica (seppur consistente) ma limitata all'esercizio in forma popolare dell'attività bancaria. In realtà la stessa sta ridisegnando completamente la geografia bancaria italiana<sup>178</sup> imponendo la forma, o meglio il tipo di s.p.a., come unico modello (o quasi) compatibile con l'esercizio di un'attività bancaria.

Quanto detto è confermato non solo dal fatto che nei progetti originari del legislatore ci si poneva come scopo quello di imporre la trasformazione non solo alla banche popolari ma anche a quelle di credito cooperativo<sup>179</sup>, ma anche e soprattutto per il fatto che il d.l 3/2015 fu “battezzato” dal legislatore sotto la dicitura “*misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*”, nonché per il contenuto della relazione del governo che ha accompagnato il disegno di legge di conversione del d.l. 3/2015, ove si affermava esplicitamente che “*l'intervento normativo proposto è necessario perché costituisce un tassello fondamentale della ristrutturazione del sistema bancario italiano, necessaria per permettere al settore bancario di tornare a finanziare l'economia*”.

In base a quanto detto risulta riduzionistica la definizione di semplice riforma delle banche popolari.

Quanto al disegno complessivo di riforma della normativa sulle banche popolari, in estrema sintesi le linee direttive della stessa incidono sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, in particolare sui seguenti aspetti: a) limiti dimensionali per l'adozione della forma di banca popolare e relativa disciplina transitoria; b) disciplina delle trasformazioni applicabile alle banche popolari; c) possibilità di emettere azioni di

---

<sup>176</sup> Sul punto si rinvia a D.SICLARI, *La conversione in legge del decreto legge n.2 del 2015 sulle banche popolari: spunti dal dibattito parlamentare*, in *La riforma delle banche popolari* a cura di Capriglione, p.229 e ss., 2015.

<sup>177</sup> F.DI CIOMMO, *Il diritto di recesso nella riforma delle banche popolari*, in *la riforma delle banche popolari* a cura di Capriglione, p.84 e ss., 2015.

<sup>178</sup> V.SANTORO e G.ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari*, in *Nuove leggi civili commentate*, p.5. fasc.2 ,2016

<sup>179</sup> DIMITO, *Banche di credito cooperativo, ecco la riforma di Bankitalia*, 5 marzo 2015, disponibile [www.messengero.it](http://www.messengero.it)

finanziamento e vincoli sulla nomina degli amministratori; d) disciplina delle deleghe di voto.

Come osservato da illustri autori<sup>180</sup>, la riforma in realtà non è poi nemmeno unitaria ma si muove in un duplice senso, disponendo misure differenti a seconda della dimensione dell'attivo patrimoniale.

La riforma si basa infatti su una duplice direttiva basata sull'idea per cui la forma cooperativa, può essere mantenuta seppur innovata nella disciplina per gli enti di piccole dimensioni<sup>181</sup>, mentre per gli istituti più rilevanti, la stessa mal si concilia con le caratteristiche di banche popolari di grandi dimensioni (anche quotate in mercati regolamentati). Queste ultime operando su scala nazionale o anche internazionale, hanno un modello di intermediazione simile a quello delle società per azioni, e non possono più essere soggette alle regole di diritto societario caratterizzanti il modello cooperativo (quali i limiti al possesso azionario, il voto capitario, limiti stringenti alle deleghe di voto, clausola di gradimento) che finiscono con il tradursi in un privilegio ingiustificato per una dirigenza protetta.

### 1.1 Popolari sopra soglia.

Il superamento del limite dimensionale di 8 miliardi<sup>182</sup>, previsto con l'inserimento del comma 2 bis all'art. 29 tub<sup>183</sup>, determina infatti il divieto di prosecuzione dell'attività secondo lo schema cooperativo e l'obbligo di trasformazione in società per azioni. A ciò si aggiunga che se la banca sia a capo di un gruppo bancario, il limite è determinato a livello consolidato. L'individuazione di tale soglia alla cifra di 8 miliardi ha sollevato non poche critiche, non solo per il riferimento all'attivo patrimoniale ma anche per l'arbitraria indicazione della soglia<sup>184</sup>.

Il nuovo comma 2 ter dell'art. 29 dispone infatti che al superamento del predetto limite dimensionale (di cui al comma 2 bis), l'organo di amministrazione della banca convochi l'assemblea dei soci o per ridurre l'attivo al di sotto della soglia del comma 2 bis dell'art.29, o per deliberare la trasformazione in società per azioni ex art. art. 31 o la liquidazione. Se entro un anno dal superamento del limite dimensionale dell'attivo, non venga disposta una di tali misure imposte e l'attivo patrimoniale risulti ancora superiore alla soglia consentita, la Banca d'Italia, tenuto conto delle circostanze e dell'entità del superamento e fermi i suoi poteri di intervento e sanzionatori previsti dal T.u.b., può vietare che siano

---

<sup>180</sup> M.SEPE, *Finalità e disciplina del recesso nella riforma delle banche popolari*, in *La riforma delle Banche popolari* a cura di Capriglione, p.109, 2015; R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, op.cit., p.586,

<sup>181</sup> Per tali banche popolari infra soglia sono infatti state dettate norme volte ad un miglioramento della governance (in tal senso M.GIORDANO, *L'evoluzione della governance delle banche popolari:una riforma annunciata* in *La riforma delle Banche popolari* a cura di Capriglione, p.161, 2015; M.IRRERA e I.POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in *Nuovo dir. Soc.*,p.8, 2015)

<sup>182</sup> Per approfondimenti V.LEMMA, *Too big to be popular: il limite all'attivo delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari* a cura di Capriglione, 2015, p.173 e ss.

<sup>183</sup> Il d.l. n. 3 del 24 gennaio 2015 con l'art. 1, 1° comma, lett. b) ha introdotto nell'art.29 tub i commi 2-bis e 2 ter.

<sup>184</sup> Le critiche in realtà furono legate anche alla constatazione che tale limitazione di attivo patrimoniale era destinata ad operare solo per le banche popolari cioè quelle a mutualità diversa e non per quelle di credito cooperativo, poi tuttavia colpite da una riforma altrettanto violenta. (In tal senso si veda il testo dell'audizione in senato dell'ANBP, 11 marzo 2015, p.7)

intraprese nuove operazioni ai sensi dell'art.78, o adottare i provvedimenti previsti nel titolo IV, capo I, sezione I, t.u.b., oppure nei casi più gravi, proporre alla Banca centrale europea la revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria e al Ministro dell'economia e delle finanze la liquidazione coatta amministrativa.

L'art. 1, 1° comma, lett. c), decreto n. 3 del 2015 ha completamente ridisegnato la disciplina del Testo Unico al fine di favorire la trasformazione delle banche popolari e quindi l'adozione delle delibere di trasformazione in società per azioni, nonché le delibere di fusione dal cui esito residui la nascita di una società per azioni.

L'art.29 nella sua nuova formulazione prevede infatti che *“le trasformazioni di banche popolari in società per azioni o le fusioni a cui prendano parte banche popolari e da cui risultino società per azioni, le relative modifiche statutarie nonché le diverse determinazioni di cui all'art. 29, comma 2 ter, sono deliberate: a) in prima convocazione, con la maggioranza dei due terzi dei voti espressi, purché all'assemblea sia rappresentato almeno un decimo dei soci della banca; b) in seconda convocazione, con la maggioranza di due terzi dei voti espressi, qualunque sia il numero dei soci intervenuti all'assemblea”*.

Come osservato da alcuni autori, la nuova previsione, non facendo più riferimento alle *“maggioranze previste dagli statuti per le modificazioni statutarie”*, consente l'adozione delle relative delibere anche solo con il voto favorevole di maggioranze assembleari molto poco rappresentative della base sociale, quando partecipino pochi soci alla seconda convocazione. La ratio della suddetta previsione si rinviene infatti nella volontà di impedire che soci ben organizzati possano boicottare l'assemblea il cui ordine del giorno preveda la trasformazione o la fusione, semplicemente non partecipando alla stessa, senza nemmeno l'onere di votare contro e quindi senza assumersi la relativa responsabilità<sup>185</sup>.

L'altra novità, tutt'altro che secondaria, su cui in seguito ci si soffermerà (si veda il terzo capitolo), è che il nuovo art.31 non fa più riferimento all'autorizzazione della Banca d'Italia alla trasformazione, richiedendo un accertamento preventivo di sana e prudente gestione mediante il rinvio all'art. 56 del tub. Mentre per la fusione permane invece la relativa autorizzazione proprio alla luce del richiamo all'57 tub.

La vecchia formulazione dell'art. 31 del Tub infatti richiedeva per (la fusione) e la trasformazione della banca popolare in S.p.a. l'autorizzazione della Banca d'Italia, la quale veniva concessa ove tale operazione straordinaria fosse giustificata dall' *“interesse dei creditori”*, o realizzasse *“fini di razionalizzazione del sistema”* o *“esigenze di rafforzamento patrimoniale”*. Oggi invece la Banca d'Italia deve, attraverso accertamento preventivo, verificare che l'operazione straordinaria non sia in contrasto con la sana e prudente gestione della banca, senza dover più svolgere più (almeno secondo una certa interpretazione) alcuna valutazione prospettica circa il fatto che la trasformazione abbia conseguenze positive per l'istituto, per i suoi creditori o per il sistema creditizio nel complesso<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, Foro Italiano, fasc. n. 4/2015, p.197

<sup>186</sup> *Ibidem*

In sintesi, mentre per le fusioni permane la necessità di autorizzazione preventiva in virtù del rinvio all'art. 57, per le trasformazioni invece, comportando comunque modificazioni dello statuto, si applicherà l'art. 56. Quindi per poter ottenere l'iscrizione nel registro delle imprese della delibera di trasformazione e della modificazione statutaria che ne consegue, è necessario l'accertamento preventivo, da parte della Banca d'Italia, del fatto che le modificazioni dello statuto «non contrastino con una sana e prudente gestione» della banca.

Il d.l. 3/2015 alla lett. a) del 1° comma dell'art. 1 ha riconosciuto il diritto di recesso a favore dei soci di una banca popolare «anche a seguito di trasformazione» deliberata dall'assemblea. Questa previsione è stata oggetto di forti riflessioni da parte della dottrina, non solo per il suo contenuto, ma anche per la sua collocazione sistematica, essendosi disciplinato prima il recesso e poi la sua causa, in quanto il recesso è stato inserito nell'art.28 tub. Si è quindi notato come tale scelta sottolinei la nodale importanza che il tema del recesso ha assunto nelle logiche sottese alla riforma.

Quanto invece al contenuto, la previsione inserita al comma 2 ter dell'art.28, ha determinato da subito non poche perplessità. Tale previsione normativa infatti prescrive che *“nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò è necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi”*.

L'intento del legislatore sotteso alla previsione di un meccanismo limitativo della possibilità di recesso, è dettato dalla volontà di prevenire conseguenze negative per gli istituti e per il mercato derivanti da un eccessivo esercizio del diritto di recesso da parte di soci contrari alla trasformazione, che rischierebbero non solo di vanificare la riforma ma anche di determinare gravi conseguenze per la stabilità del sistema creditizio.

La previsione ha però posto diversi problemi di definizione dei contorni della norma, tanto relativamente all'ambito applicativo della stessa, quanto al contenuto limitativo ed al profilo soggettivo dell'autore della limitazione.

Il primo profilo è stato risolto abbastanza agevolmente dalla dottrina, la quale ha evidenziato come la genericità della previsione deve portare a concludere per un ambito di estensione applicativo della norma molto ampio, non quindi limitato alle sole trasformazioni, ma relativo a tutte le ipotesi di recesso da banche popolari tanto sopra soglia quanto sotto soglia. Sugli altri profili si ritornerà sul tema più avanti nella trattazione.

## 1.2) Popolari sotto soglia.

Dall'esame del dato normativo risulta quindi evidente che, ai requisiti prescritti dalla vecchia formulazione dell'art. 29 e a quelli indicati dall' art.30<sup>187</sup> del T.u.b. si aggiunge oggi anche il rispetto del nuovo limite dimensionale prescritto dall'art. 29 comma 2 bis. Questo significa che le banche popolari, che non superano il limite dimensionale di attivo patrimoniale di cui al 29 comma 2 bis o che, pur avendolo superato, rientrano poi nel limite entro un anno dallo sfioramento, possono mantenere la forma societaria di tipo cooperativo.

Quanto alle banche popolari sotto soglia, il modello popolare non viene quindi cancellato, essendo considerato adeguato per istituti di piccola e media dimensione, con complessità operativa contenuta e operanti in un contesto locale che facilita la partecipazione sociale e il controllo sulla dirigenza da parte dei soci. Le banche popolari residue vengono tuttavia ripensate, per evitare che esse rimangano chiuse ed impermeabili alla riforma (con possibili profili di disparità di trattamento fra enti), introducendo nuovi istituti giuridici ed incentivi alla loro trasformazione in enti lucrativi la cui applicazione in questo caso, per le loro dimensioni operative più contenute, è rimessa all'autonomia negoziale.

La riforma ha quindi inciso anche sulla disciplina di questi istituti, infatti l'art. 1, 1° comma, lett. d), attraverso la modifica dell'art. 150 *bis*, 2° comma, t.u.b. amplia la possibilità di utilizzare le novità introdotte dalla riforma del diritto societario del 2003, come l'emissione di strumenti finanziari partecipativi o di debito e di strumenti forniti di diritti solo patrimoniali o anche amministrativi, acquistabili dai soci o da terzi<sup>188</sup>. E' stato infatti espunto dall'art. 150 bis 2° comma t.u.b. il riferimento all'art. 2526 c.c.

Si prevede poi, la non applicabilità solo dei commi 2° e 4° dell'art. 2542 c.c., con la conseguente caducazione della regola per cui la maggioranza degli amministratori deve essere scelta tra i soci cooperatori ovvero tra le persone

---

<sup>187</sup> Tale norma prescrive che:

1) Ogni socio ha un voto, qualunque sia il numero delle azioni possedute.

2) Nessuno, direttamente o indirettamente, può detenere azioni in misura eccedente l'1 per cento del capitale sociale, salva la facoltà statutaria di prevedere limiti più contenuti, comunque non inferiori allo 0,5 per cento. La banca, appena rileva il superamento di tale limite, contesta al detentore la violazione del divieto. Le azioni eccedenti devono essere alienate entro un anno dalla contestazione.

3) Il divieto previsto dal comma 2 non si applica agli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, per i quali valgono i limiti previsti dalla disciplina propria di ciascuno di essi.

4) Il numero minimo dei soci non può essere inferiore a duecento. Qualora tale numero diminuisca, la compagine sociale deve essere reintegrata entro un anno; in caso contrario, la banca è posta in liquidazione.

5) Le delibere del consiglio di amministrazione di rigetto delle domande di ammissione a socio debbono essere motivate avuto riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie e allo spirito della forma cooperativa.

5-bis) Per favorire la patrimonializzazione della società, lo statuto può subordinare l'ammissione a socio, oltre che a requisiti soggettivi, al possesso di un numero minimo di azioni, il cui venir meno comporta la decadenza dalla qualità così assunta.

6) Coloro ai quali il consiglio di amministrazione abbia rifiutato l'ammissione a socio possono esercitare i diritti aventi contenuto patrimoniale relativi alle azioni possedute, fermo restando quanto disposto dal comma 2.

<sup>188</sup> F.DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, Foro Italiano fasc. n. 4/2015 p.200



indicate dai soci cooperatori persone giuridiche, il che potrà comportare un miglioramento qualitativo di questi organi.

Troverà invece applicazione il comma 1 dell'art. 2542 c.c. ove si prevede che lo statuto deve attribuire il potere di nomina degli amministratori alle competenze dell'assemblea dei soci, fatta eccezione per i primi amministratori che sono nominati nell'atto costitutivo e salvo quanto disposto dall'art. 2542, 5° comma, c.c. Tale previsione va letta in combinato con la soppressione del terzo comma dell'art. 29, secondo cui la nomina degli organi di amministrazione e controllo non spetta esclusivamente ai componenti degli organi sociali.

Pur non trovando applicazione il 2542 comma 4°, in virtù poi dell'art. 2543 comma 3° lo statuto delle banche popolari potrà però prevedere che i possessori di strumenti finanziari dotati di diritti di amministrazione eleggano nel complesso sino a un terzo dei componenti dell'organo di controllo, salve comunque le previsioni di cui art. 2544.

Per quanto attiene allo svolgimento dei lavori assembleari è previsto che in virtù dell'applicabilità dell'art. 2538 comma 3, gli statuti delle banche popolari possono ora riconoscere, nonostante il voto capitaro, ai soci cooperatori persone giuridiche più voti da esercitare, ma non oltre cinque, in relazione all'ammontare della quota di capitale detenuta oppure al numero dei loro membri, nonché in deroga all'art. 2359 determinare il numero massimo di deleghe che possono essere conferite a un singolo socio in misura comunque non inferiore a dieci né superiore a venti.

Queste previsioni volte a favorire la stabilità e la capitalizzazione delle residue popolari, *“hanno portato con sé, quale inevitabile conseguenza, il sacrificio delle regole di democratica partecipazione”* specialmente sotto il profilo dell'attenuazione del principio *“una testa un voto”* e, *“più in generale, di funzionamento del modello cooperativo”*<sup>189</sup>.

## 2) Le ragioni (dichiarate) della riforma

Nello scandagliare le ragioni sottese alla riforma (*rectius* alle riforme) diversi commentatori<sup>190</sup> hanno evidenziato come le giustificazioni dichiaratamente addotte a sostegno dell'intervento legislativo siano, in alcuni casi, del tutto infondate ed in altri quantomeno opinabili o frutto di una inversione logica dei problemi.

Importanti spunti di riflessione si rinvengono analizzando la Relazione<sup>191</sup> presentata dal Governo ed allegata al disegno volto alla conversione in legge del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, recante misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti. In tale relazione vengono indicate almeno 4 ragioni principali, cioè il rapporto tra forma e sostanza, l'SSM e la direttiva BRRD, i problemi di *governance* e di contendibilità ed infine le esigenze di patrimonializzazione.

---

<sup>189</sup> F.SALERNO, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3*, Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.6, 2016, paragrafo.6.

<sup>190</sup> Su tutti si veda V.SANTORO e G.ROMANO, *L'ultimo atto di riforma delle banche popolari*, in Nuove leggi civili commentate, fasc.2, p.220 e ss., 2016

<sup>191</sup> Tale relazione è disponibile su [www.camera.it](http://www.camera.it)

Nel testo, già dalle prime righe, si enuclea subito che la ratio dell'intervento del legislatore sia da rinvenire nel fatto, già evidenziato dalla dottrina italiana in materia di diritto bancario, che le banche popolari abbiano *“solo la forma cooperativa e non la sostanza della mutualità, sicché in esse la società cooperativa si presenta come mera forma organizzativa, tanto che si può dire che esse vivono ai margini o all'esterno del fenomeno della cooperazione nel credito e che, conseguentemente, esse non sono tutelate in senso forte dall'articolo 45 della Costituzione, non potendo la norma riferirsi ad ambiti organizzativi nei quali la forma cooperativa è mero schermo della natura sostanzialmente lucrativa dell'impresa”*.

In secondo luogo si afferma che il processo di Unione Bancaria europea richiede una razionalizzazione delle forme organizzative dell'impresa bancaria, richiamandosi in tal senso sia il *Single Supervisory Mechanism (SSM)*, che la direttiva la *Bank Recovery and Resolution Directive (BRRD)*. *“Nel mutato quadro, dunque, un ordinamento nazionale – che per poter essere efficace in tempi celeri necessita di immediata regolamentazione – deve rispondere a rinnovati modelli in grado di promuovere immediatamente un'efficace forma di governo e un'elevata capacità di finanziamento delle banche; ciò costituisce requisito fondamentale per il funzionamento dei nuovi strumenti di vigilanza e per la realizzazione degli obiettivi del nuovo assetto istituzionale”*.

Come terzo argomento a sostegno della improcrastinabilità dell'intervento sulla disciplina delle banche popolari, si ribadisce l'incompatibilità della stessa con le mutate esigenze del sistema bancario, non solo a causa dell'assenza *“di sostanza mutualistica”* ma anche per la non contendibilità del controllo azionario, che determina poi un forte diaframma fra proprietà e controllo della ricchezza, pur in presenza di una natura capitalistica dell'impresa, come sarebbe confermato dall'assenza di un vincolo di mutualità prevalente e da un'operatività bancaria, la cui entità degli attivi, *“attesta la capacità di cogliere le opportunità offerte dal mercato”*. Quanto detto, risulterebbe poi avallato dalle sollecitazioni provenienti dal Fondo monetario internazionale, dalla Commissione europea e dalla Banca d'Italia, che hanno nel corso del tempo segnalato i pericoli connessi al mantenimento della *“forma cooperativa”* per le popolari di dimensione rilevante, *ed in specie sotto il profilo della “scarsa partecipazione dei soci in assemblea (che mina la democrazia azionaria e determina una concentrazione di potere in favore di gruppi di soci organizzati); degli scarsi incentivi al controllo costante sugli amministratori (che si traducono in situazioni di autoreferenzialità della dirigenza); della difficoltà di reperire nuovo capitale sul mercato e, quindi, di assicurare la sussistenza dei fondi che potrebbero essere necessari per esigenze di rafforzamento patrimoniale”*.

Infine, proprio le esigenze di rafforzamento patrimoniale sono poi usate come ulteriore elemento di giustificazione della riforma, le quali sarebbero connesse, alla luce dalle analisi effettuate dal Fondo monetario internazionale e dalla BCE, alla qualità del governo societario. In tale ottica si afferma che il nuovo sistema di vigilanza unica, riducendo le residue barriere del mercato bancario nella zona dell'euro, esporrebbe le banche ad affrontare livelli sempre più elevati di concorrenza. La riforma, alla luce di queste constatazioni, andrebbe quindi proprio nel senso di garantire agli intermediari un grado di patrimonializzazione, una struttura di costi e capacità dirigenziali adeguate, poiché tali risultati sarebbero strettamente connessi alle regole di governo societario applicabili.

La relazione, in sintesi, in base a tali premesse ribadisce quindi la necessità di adeguare la forma di governo di tali enti alla logica del mercato, attraverso un intervento che ne conformi il modello organizzativo alla causa, anche alla luce delle istanze provenienti dal Fondo monetario internazionale, dall'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica, nonché dalle istituzioni dell'Unione europea che *“da tempo caldeggiavano la trasformazione delle banche popolari maggiori in società per azioni”*, in un'ottica di ristrutturazione del sistema bancario italiano, per consentire al settore bancario di tornare a finanziare l'economia.

Tale lettura dell'intervento normativo in questione, è confermata anche da illustre dottrina<sup>192</sup>, la quale già nei primi anni 2000 aveva sollecitato una trasformazione in Spa delle popolari di maggiori dimensioni, sulla base della prospettata divergenza tra forma e sostanza. Secondo Capriglione<sup>193</sup> infatti, nonostante il t.u.b. avesse già confermato l'idoneità del modello per ragioni di biodiversità bancaria e nonostante la riforma del diritto societario del 2004 avesse anche recuperato il modello a sistema sulla base del riconoscimento della mutualità non prevalente, è stato opportuno assecondare la tendenza evolutiva tesa a trasformare le popolari in spa.

### **3) La confutazione delle ragioni dichiarate**

Sulla base della considerazione della migliore dottrina sul punto, possono essere ridimensionate le principali ragioni dichiaratamente addotte a sostegno della riforma.

In primis bisogna affrontare il problema del rapporto tra forma e sostanza, rappresentato da parte della dottrina e dalla relazione, come ragione principale e fondante la trasformazione delle banche popolari in spa (oltre che sottesa implicitamente alle altre ragioni indicate).

Come si è avuto modo di evidenziare nel capitolo primo, il rapporto tra forma e sostanza è solo un falso problema. Infatti con il riconoscimento da parte della riforma del 2004 della mutualità diversa, si erano neutralizzate le principali argomentazioni portate avanti, per molti decenni, dalla dottrina che contestava la carenza sostanzialistica delle banche popolari. A ciò si aggiunga poi che il rapporto tra forma organizzativa e sostanza causale non è separabile, contribuendo le regole organizzative a realizzare la causa, essendo ad essa strumentali. E' per questo che nel primo capitolo si utilizza l'espressione di sintesi secondo cui la forma è sostanza. Sulla base di tale premessa sembra quindi del tutto inconsistente l'argomentazione principale dichiarata nella relazione, secondo cui come segnalato dalla dottrina italiana *“le banche popolari hanno solo la forma cooperativa e non la sostanza della mutualità, sicché in esse la società cooperativa si presenta come mera forma organizzativa, tanto che si può dire che esse vivono ai margini o all'esterno del fenomeno della cooperazione nel credito e che, conseguentemente, esse non sono tutelate in senso forte dall'articolo 45 della Costituzione, non potendo la norma riferirsi ad ambiti organizzativi nei quali la forma cooperativa è mero schermo della natura sostanzialmente lucrativa dell'impresa”*. Non è infatti corretto sostenere né che

---

<sup>192</sup> F.CAPRIGLIONE, *La riforma delle 'banche popolari'*, Cedam, p.3, 2015.

<sup>193</sup> *Ivi*, p.9

non abbiano sostanza causale mutualistica né che le stesse operino all'esterno del fenomeno cooperativo, non essendo tutelate in senso forte dall'art. 45 Cost. Il legislatore della riforma societaria infatti ha sostanzialmente bipartito l'area della mutualità allo scopo di distinguere tra una tutela forte ed una meno forte a soli fini tributari. Questo non significa quindi che la mutualità diversa sia una "non mutualità" ma solo che la stessa non è prevalente<sup>194</sup>. Con tale riforma, il legislatore ha nella sostanza ribadito la piena idoneità delle banche popolari ad essere ricomprese nell'area della cooperazione in virtù di una nozione di mutualità più ampia e della capacità di mettere insieme finalità mutualistiche e lucrative<sup>195</sup>, in una combinazione unica e tale da consentire risultati differenti rispetto alle banche di credito cooperativo e alle spa, assicurando così biodiversità al sistema bancario ed il rispetto della originaria funzione alle stesse attribuita (cioè quella di consentire l'accesso al credito anche a soggetti esclusi o per i quali vi siano minori possibilità di concessione di prestiti da parte del circuito delle banche spa).

Quanto alla seconda ragione giustificatrice dichiarata, cioè quella della incompatibilità della disciplina delle banche popolari con le esigenze sottese al SSM ed al SRM, secondo diversi autori non è considerabile del tutto infondata seppur al netto di una serie di imprescindibili precisazioni. Non è infatti da condividere, perché inidonea a giustificare tale intervento, l'argomentazione pur presente nella Relazione e pur assecondata da parte della dottrina<sup>196</sup>, secondo cui il Meccanismo Unico di Vigilanza avrebbe imposto la trasformazione in ottica non solo di razionalizzazione del mercato ma anche rimediabile e di semplificazione soggettiva rispetto ad una eccessiva frammentazione della vigilanza unica europea, non solo perché è paradossale che per semplificare l'attività del controllore il controllato debba vedersi preclusa in maniera così incisiva la sua autonomia organizzativa e funzionale ma anche perché il ragionamento sotteso a tale ricostruzione nasconde una inversione logica dei termini del discorso. Altrettanto paradossale e frutto di una inversione logica dei termini del discorso, è la considerazione secondo cui<sup>197</sup> l'assenza di un socio forte cui riferirsi nell'esercizio di poteri di moral suasion, renda il modello ex se insostenibile<sup>198</sup>.

Vero è però il fatto che il nuovo Meccanismo Unico di Vigilanza europeo e il Single Resolution Mechanism riconoscano primaria importanza alla patrimonializzazione degli istituti bancari, richiedendo che le stesse, in caso di deterioramento del bilancio, siano nelle condizioni di ricapitalizzarsi in maniera tempestiva. Ma da questo non è corretto presumere che solo le spa siano nella

---

<sup>194</sup> tal senso G.F.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale vol.2*, op.cit., pag. 606, ove si afferma che le società cooperative hanno uno scopo prevalentemente, e non esclusivamente, mutualistico. Se l'atto costitutivo lo prevede possono infatti svolgere anche attività con i terzi ex art. 2521 comma 5, producendosi così lucro oggettivo.

<sup>195</sup> Che la riforma del 2015 non sia legata alla risoluzione problematiche relative al profilo funzionale mutualistico od organizzativo si veda F.SALERNO, *La mutualità delle (restanti) banche popolari dopo il d.l. 24 gennaio 2015, n. 3*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.6, 2016, paragrafo 5, ove si afferma che "ad ispirare questi obblighi e queste semplificazioni sono state finalità che, di certo, poco hanno a che vedere con i problemi della cooperazione".

<sup>196</sup> F.CAPRIGLIONE, *La riforma delle banche popolari*, op.cit., p.9

<sup>197</sup> M.SEPE, *La riforma delle Banche Popolari a cura di Francesco Capriglione*, 2015,p.117

<sup>198</sup> G.ROMANO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari di Santoro-Romano*, in Le Nuove leggi civili commentate, 2016, fasc. 2, p. 225. Il rischio di una simile ricostruzione è infatti quello di rendere ex se insostenibile ogni modello di public company, con penetranti rischi di violazione dei principi fondamentali della costituzione italiana (art.45) e dei trattati europei (art.3 par.3 TUE).

condizione di provvedere in tempi adeguati a tali esigenze di rafforzamento patrimoniale attraverso il reperimento di nuovi capitali, ritenendo invece inadeguato il modello popolare, in quanto incapace di adeguarsi in maniera tempestiva alle esigenze di rafforzamento patrimoniali dovute a crisi, in virtù del voto capitaro e dei limiti al possesso azionario e alla rappresentanza in assemblea<sup>199</sup>. Altrettanto non corretto è poi rafforzare questa linea di pensiero attraverso il richiamo alla introduzione della BRRD e quindi del sistema del bail-in, cioè del sistema per cui la crisi della banca non deve pesare sui conti pubblici e deve essere superata attraverso il ricorso al mercato<sup>200</sup>.

Queste non possono essere valide giustificazioni della necessità di espungere (*rectius* marginalizzare) un modello, infatti i casi in cui il ricorso al mercato e alla ricapitalizzazione è più difficoltoso sono proprio quelli nei quali si sono verificate forme di *mala gestio*, ma questo accomuna tanto il modello delle spa quanto quello delle cooperative<sup>201</sup>.

Questo ragionamento è infatti figlio di una scorretta impostazione europea ed internazionale cioè quella del sistema *one size fit all* in tema di vigilanza prudenziale, che come osservato da alcuni autori<sup>202</sup>, sta sostanzialmente producendo una tendenza alla marginalizzazione delle esperienze di credito diverse dalla banca spa di grande dimensione e quindi anche una chiara tendenza alla omologazione della forma societaria. Questo vigilanza a taglia unica, non differenziata in base al modello di business e alle dimensioni, sta quindi determinando una semplificazione del mercato del credito lesiva della biodiversità bancaria.

Si sta quindi pregiudicando la capacità di sopravvivenza delle banche *retail* piccole e medie, imponendo loro costi di *compliance* eccessivi e violativi del principio di proporzionalità, ma come si è acutamente fatto notare<sup>203</sup>, alla sproporzione tra problemi e soluzioni derivante dall'approccio utilizzato dal legislatore europeo, si è aggiunta una ulteriore sproporzione perpetrata dal legislatore nazionale. Imponendo la trasformazione obbligatoria delle banche popolari con attivo patrimoniale superiore a 8 miliardi in società per azioni si è recepito una scorretta modalità di intervento. La stessa dottrina ha fatto notare come il legislatore italiano si è quindi mosso nella logica della *early interventation*, cioè seguendo la filosofia alla base della direttiva BRRD ma a differenza del legislatore europeo non ha tenuto in considerazione né il principio di proporzionalità né l'esigenza della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto a giustificazione dell'intervento. Infatti per l'attivazione dei poteri di cui alla predetta direttiva si richiede l'esistenza di un interesse pubblico concreto ed

---

<sup>199</sup> In realtà storicamente le banche popolari, almeno fino all'Unione Bancaria, non avevano mai pesato sui conti pubblici a differenza delle banche commerciali, riuscendo a risolvere i problemi al proprio interno. Per approfondimenti si veda C.SFORZA FOGLIANI, *Siamo molto popolari*, Rubbettino editore, 2017.

<sup>200</sup> B.INZITARI, *Brrd, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in Riv. dir. banc., 26, 2016

<sup>201</sup> G.FERRI, P.KALMI, E.KEROLA, *Does bank ownership affect lending behavior? Evidence from the Euro area*, Journal of Banking & Finance, 2014, vol. 48, issue C, 194-209 ove gli autori sottolineano che i dati scientifici dimostrano come in realtà le banche cooperative non abbiano risultati peggiori rispetto alle altre banche.

<sup>202</sup> GUIDA e MASERA, *Does one size fit all. Basel rules and Sme financing*. Bologna, Il Mulino AREL.,2016.

<sup>203</sup> G.ROMANO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari di Santoro-Romano*, in Le Nuove leggi civili commentate, 2016, fasc. 2, pp. 225 e ss.

attuale, non quindi meramente astratto e teorico, idoneo a giustificare l'esercizio degli stessi, e si richiede inoltre, che in presenza di tale interesse, tra i poteri debba essere esercitato quello che rispetti il minimo mezzo in ossequio al principio di proporzionalità.

Il legislatore della riforma delle popolari ha quindi imposto l'obbligo di trasformazione sulla base di un interesse pubblico (alla stabilità sistemica) meramente astratto o forse su un vero e proprio pregiudizio privo di alcuna base scientifica (perlomeno al momento della introduzione della riforma). In realtà le banche popolari con attivo patrimoniale superiore agli 8 miliardi non sono considerabili, perlomeno in astratto, come enti le cui dimensioni o il cui business model sia idoneo a produrre pericolose instabilità sistemiche. Come ci insegna la storia economica degli ultimi dieci anni, i veri rischi sistemici sono connessi non tanto ai crediti deteriorati o all'insufficiente patrimonializzazione degli istituti ma agli strumenti finanziari derivati o meglio al loro abuso<sup>204</sup>.

Quindi sostenere che la trasformazione obbligatoria sia giustificabile in virtù del pericolo di *bail-in*, non considera non solo l'inesistenza di un concreto ed attuale interesse pubblico sistemico alla stabilità finanziaria (perlomeno al momento della entrata in vigore) ma anche il fatto che il *bail-in* sia uno strumento di *extrema ratio* e le cui modalità operative in parte sono delegate alla discrezionalità dell'autorità di vigilanza, la quale sulla base delle esigenze del caso concreto può ridefinire l'area degli *stakeholder* colpiti dal *bail-in*, il tutto in ossequio al cardine della proporzionalità.

Quanto detto consente quindi di ritenere che le misure legislative volte a riproporre interventi strutturali e non prudenziali, stanno ridisegnando il mercato producendo una tendenza all'uniformazione lesiva del pluralismo bancario. Tale tendenza pare quindi portata alle sue estreme conseguenze dal legislatore nazionale, il quale con il d.l. 3/2015 ha non solo posto un obbligo di trasformazione per le popolari di maggiori dimensioni, ma implicitamente e suggestivamente (specie in virtù della introduzione dei soci finanziatori) ha indirizzato anche le popolari di minori dimensioni alla trasformazione per evitare, in una prospettiva di crescita, i limiti di attivo.

Seppur quindi fondata questa tendenza di matrice europea esposta nella Relazione del governo, l'imposizione del legislatore italiano non si ritiene né corretta, in quanto frutto di un disegno volto alla uniformazione del mercato bancario, né necessaria in quanto espressione di una radicalizzazione della tendenza europea.

Il legislatore europeo ha più volte ammonito quello interno dal non radicalizzare le direttive europee con contenuti eccessivamente stringenti non richiesti dai principi europei, sul punto l'autolesionismo tipicamente italiano pare aver trovato una nuova forma di espressione. Il *gold plating*<sup>205</sup> resta tendenza tipica del nostro zelante legislatore.

---

<sup>204</sup> Sul punto si rinvia a S.GRIFFITH-JONES, J.A.OCAMPO, J.STIGLITZ, *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, oxford, 2010.

<sup>205</sup> Commissione Europea, Smart regulation in the European Union, COM(2010) 543 final, Bruxelles, 8 ottobre 2010 "which goes beyond what is required by that legislation, while staying within legality. Member States have large discretion when implementing EC directives. They may increase reporting obligations, add procedural requirements, or apply more rigorous penalty

In relazione alla terza giustificazione addotta alla riforma, cioè alla ragione della non contendibilità del controllo azionario e della conseguente creazione di un diaframma tra proprietà e controllo della ricchezza, pur in presenza di natura capitalistica, sembra la stessa essere non del tutto infondata in astratto seppur previe precisazioni necessarie e dirimenti.

Apparentemente pare infatti abbastanza fondata l'idea per cui un ampliamento dimensionale, territoriale e dell'attività della banca popolare, porti con sé il rischio di una neutralizzazione dei meccanismi volti ad assicurare una gestione democratica dell'impresa, con conseguente pericolo di concentrazione del potere e ampliamento della frattura tra proprietà e controllo, derivante non solo da un abuso delle regole caratterizzanti il modello ma anche del disinteresse della compagine sociale, a differenza delle società per azioni che invece sono maggiormente idonee a saldare il legame tra proprietà e controllo.

In realtà, secondo parte della dottrina, il medesimo pericolo di disallineamento tra interessi dei soci e quello degli amministratori è però potenzialmente riscontrabile anche all'interno delle società per azioni a capitale diffuso, seppur in modo forse più attenuato, non essendo qui presenti il voto capitario e la limitazione della partecipazione<sup>206</sup>. E' quindi in astratto ragionevole comunque la constatazione che il voto capitario possa in qualche modo favorire uno scollamento tra proprietà ed amministrazione.

Questa ricostruzione in teoria condivisibile, implica il riconoscimento del fatto che le ragioni di questa frattura siano collegabili alle difficoltà connesse ad un capitale sociale molto disomogeneo che evidentemente rende più complesso il lavoro del management. Nel capitale delle stesse vi sarebbe cioè una differenziazione<sup>207</sup> tra soci clienti<sup>208</sup>, soci investitori<sup>209</sup> e soci dipendenti<sup>210</sup>, i quali sarebbero mossi da esigenze ed interessi eterogenei, i primi interessati al credito, i secondi invece al dividendo ed infine i terzi al miglioramento delle condizioni del rapporto di lavoro.

La valutazione di questi profili di disomogeneità non è però oggetto di unanime visione. Vi è infatti chi vede in ciò un forte elemento di positività per la capacità di sintesi tra gli interessi e chi invece nell'eterogeneità vede un possibile pregiudizio non solo per lo scopo originario delle stesse, ma anche perché ciò significherebbe ipotizzare un cooperativa sui generis cioè apparentemente multi funzione e multi obiettivo, ma sostanzialmente esposta ad un duplice possibile rischio, cioè quello di autoreferenzialità tecnocratica o di centralizzazione degli interessi particolari di gruppo. Un management capace di mediare tra i vari e disomogenei interessi sconterebbe forti pericoli di autoreferenzialità, mentre un

---

regimes. If not illegal, 'gold plating' is usually presented as a bad practice because it imposes costs that could have been avoided".

<sup>206</sup> V.SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in Nuove leggi civili commentate p.242, fasc.2, 2016.

<sup>207</sup> C.f.r. Sentenze Tar Lazio, sez.3 n.06540/2016, 06544/2016, 06548/2016.

<sup>208</sup> M.BODELLINI, *L'eterno dilemma della corporate governance della Banca popolare di Milano*, in Contr. Impr., 1121 e ss., 2014

<sup>209</sup> M.PELLEGRINI, *Il decreto legge 3 del 2015 un'occasione mancata per la ridefinizione della cooperazione del credito*, La riforma delle banche popolari a cura di Capriglione, 2015, p.59

<sup>210</sup> A.MONTEVERDE, La votazione dei soci dipendenti ed altre questioni, in Giur.comm., 1988, II,p.1701 e ss.

management saldo agli interessi del gruppo omogeneo marginalizzerebbe gli altri interessi.

Autorevolissima dottrina<sup>211</sup> tuttavia nega fondatezza a ricostruzioni di questo tipo sul presupposto che come non è vero che gli interessi degli amministratori necessariamente differiscono da quelli dei soci-clienti, specie nei casi di effettivo localismo, dove l'interesse degli amministratori a mantenere la carica si salderebbe con l'interesse mutualistico dei soci clienti, in quanto entrambi mossi dalla comune volontà di assicurare la persistenza della banca sul mercato, altrettanto non è vero che costituisca un dato incontrovertibile l'idea per cui i soci-dipendenti sarebbero mossi esclusivamente dalla volontà di ottenere esclusivamente un miglioramento delle condizioni di lavoro anche se in contrasto con l'interesse della società, specie al momento della elezione degli amministratori. In tale ottica sarebbe certamente possibile rinvenire interessi comuni a tutti i soci ed in specie quello alla sana e prudente gestione societaria<sup>212</sup>.

In realtà, come l'esperienza empirica ci dimostra, questi ragionamenti così astratti sono alla fine di dubbia rappresentatività statistica del fenomeno popolare essendoci non solo esempi negativi ma anche virtuosi di gestione manageriale di queste imprese bancarie, per cui seppur sia da condividere la sostanziale difficoltà obbiettiva di controllo e rimozione del management in questi tipi societari, non credo che ciò possa giustificare una soppressione del modello che nella sostanza risente di quelle difficoltà tipiche e caratterizzanti tutta l'area della cooperazione. Non si può infatti sopprimere un modello per ipotesi patologiche, al più sarebbe stato opportuno predisporre meccanismi idonei a scongiurare o quantomeno ridimensionare i pericoli esaminati. Del resto l'analisi empirica<sup>213</sup> delle vicende delle popolari ha dimostrato che il carattere delle disomogeneità o dello scollamento in molte vicende non abbia comportato una gestione

---

<sup>211</sup> F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2017, p.106

<sup>212</sup> F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2017, in cui si afferma che : *"In altre parole, nell'indagine riguardante la rinvenibilità di eventuali differenti categorie di soci gli interessi da prendere in considerazione dovrebbero essere non altri se non quelli desumibili dallo statuto delle banche popolari, il quale, come noto, da un lato postula la possibilità di perseguire lo scopo mutualistico, dall'altro contempla il soddisfacimento di interessi prettamente lucrativi, dall'altro ancora non esclude la presenza di soci che perseguano, al tempo stesso, entrambe le finalità. Con l'evidente ipotizzabilità, in tale contesto, di un conflitto di interessi tra soci-clienti unicamente interessati allo scopo mutualistico ed azionisti e soci-investitori interessati invece al solo scopo di lucro. Ma senza che questo rischio escluda la possibilità di rinvenire tra queste categorie in potenziale conflitto, norme e situazioni che facciano emergere interessi comuni a tutti i soci, o comunque dagli stessi complessivamente equidistanti, come in particolare l'interesse ad una sana e prudente gestione. Al riguardo potendosi certamente immaginare, ad esempio, la compatibilità di interessi quali quello riguardante la redditività della banca e l'adeguata remunerazione dei capitali, chiaramente funzionali allo scopo di lucro, con le finalità mutualistiche dei soci, anche queste senz'altro se pur indirettamente perseguibili mediante politiche in grado di favorire, con l'attrazione di nuovi investimenti e la conseguente stabilità della banca, la capacità della stessa di erogare credito (preliminarmente) ai clienti-soci. Tutto ciò suggerendo conclusioni critiche nei confronti della tesi che vorrebbe le banche popolari caratterizzate dalla presenza di più categorie di soci senza alcun interesse comune salvo quello riguardante la «percezione dell'utile sotto forma di dividendo».*

<sup>213</sup> R.DE BONIS, B.MANZONE e S.TRENTO, *La proprietà cooperativa: teoria, storia e il caso delle banche popolari*, in *Temi di discussione del Servizio studi della Banca d'Italia*, n.238, p.74 e ss., 1994.



inefficiente dal punto di vista tecnico ed operativo<sup>214</sup>, al più quindi tali caratteri sono assurti a problemi in caso di gestioni inefficienti. In tali casi la disciplina organizzativa ha oggettivamente posto maggiori problemi, frapponendo più ostacoli alla possibilità di predisporre i dovuti rimedi. In poche parole non vi sarebbe quindi una evidenza, statisticamente significativa, che il disallineamento di per sé produca inefficienze, al più si potrebbe affermare che in caso di gestioni non ottimali la predisposizione di correttivi risulti più complessa.

Quanto infine al profilo della patrimonializzazione, in dottrina si discute circa l'effettiva miglior capacità di capitalizzarsi delle banche spa rispetto al modello delle banche cooperative. Sul punto si è fatto notare<sup>215</sup> come sebbene vi sia in astratto una maggiore idoneità delle banche spa quotate alla raccolta di capitale, lo stesso ragionamento non sarebbe sostenibile per quelle non aperte. Rispetto a queste ultime le banche popolari caratterizzate dalla regola della porta aperta, almeno in astratto possono essere certamente maggiormente capaci di realizzare rafforzamenti patrimoniali. Non è quindi una verità assoluta quella per cui le banche che adottino il modello di società per azioni siano di per sé maggiormente capaci di ricapitalizzarsi, vi sono infatti studi scientifici che dimostrano in concreto l'infondatezza di tale pregiudizio<sup>216</sup>. A ciò si aggiunga poi che del resto qualche correttivo in tal senso era stato già introdotto in favore delle banche cooperative, come testimoniato dalla categoria dei soci finanziatori e dei sottoscrittori di strumenti finanziari e di titoli di debito<sup>217</sup>.

Al di là di questi ragionamenti, deve considerarsi che il problema forse è a monte e risiede altrove cioè nel sistema di patrimonializzazione che non viene valutato in astratto, non dipendendo dal modello o dal tipo opzionato. Come già detto benché la neonata Unione bancaria europea si sia fino ad ora concentrata su tale aspetto, imponendo anche attraverso la normativa del *single rulebook*, costi sproporzionati e l'internalizzazione dei costi economici delle crisi, in maniera abbastanza incoerente sembrava privilegiare (ma non imporre) l'omogenizzazione di forma e sostanza societaria al paradigma della Spa di grandi dimensioni e dei grandi gruppi, attualmente sembrerebbero scorgersi nuove istanze, portate avanti specialmente dalla Commissione, frutto della avvertita necessità di un significativo cambio di passo. Puntare esclusivamente sul modello bancario che ha dato avvio nel lontano 2007 alla crisi planetaria, seppur con i correttivi del *bail-in* onde scongiurare i pericoli di *moral hazard* legati all'idea del *too big to fail*, non è certamente sostenibile. La Commissione ha infatti sottolineato l'importanza di assicurare la biodiversità bancaria e quindi la necessità di ripensare l'attuale logica regolatoria per realizzare un sistema di oneri di patrimonializzazione proporzionati al modello di business e alle dimensioni dell'ente. Il tutto ad ulteriore dimostrazione della discutibilità delle

---

<sup>214</sup> V.SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in Nuove leggi civili commentate p.243, fasc.2, 2016.

<sup>215</sup> V.SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in Nuove leggi civili commentate p.242, fasc.2, 2016.

<sup>216</sup> In tal senso O.DE JONGHE-OZTEKIN, *Bank capital management: International evidence*, in *Journal of Intermediation*, 2015, pp.154-177, ove si dimostra che al livello di patrimonializzazione i risultati non siano inferiori a quelli delle altre banche, smentendo così la tesi per cui il voto capitario renda di per sé le banche meno capitalizzate. Tale scritto è richiamato da M.LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, in Riv. dir. soc., 2016.

<sup>217</sup> *Ivi*, p.243; M.PELLEGRINI, *Il decreto legge 3 del 2015 un'occasione mancata per la ridefinizione della cooperazione del credito*, La riforma delle banche popolari a cura di Capriglione, 2015, p.59.

scelte del legislatore nazionale rispetto alle tendenze più recenti in tema di sistema bancario<sup>218</sup>.

Pare quindi evidente che le ragioni dichiarate a sostegno della riforma, in alcuni casi siano del tutto inesistenti ed infondate, come per il rapporto tra forma e sostanza, mentre in altri seppur ci sia qualche fondamento teorico alle ragioni indicate, le stesse in realtà non sembrano esser tali da poter giustificare, *ex se*, una imposizione drastica come quella del mutamento del tipo.

Quanto detto non vuol significare che non fossero necessari interventi correttivi, ma che gli stessi si sarebbero dovuti limitare ai profili di miglioramento della *governance*<sup>219</sup> di tali istituti e non certo allo loro tendenziale espulsione, normativamente imposta, dal mercato.

La sproporzione dell' intervento normativo pare del resto dato non discutibile e confermato da autorevolissima dottrina<sup>220</sup>, la quale ha sottolineato come dalla riforma emergano pecche sia per eccesso che per difetto. Per eccesso perché si

---

<sup>218</sup> Il legislatore italiano pare abbia ancor più confermato la tendenza a rinnegare il pluralismo nel mercato del credito arrivando riproporre la linea di marginalizzazione del fenomeno cooperativo in campo creditizio attraverso la recente riforma del sistema delle BCC.

Come osservato da Mazzamuto in *“La riforma delle banche popolari e l'europa come pretesto”* in *Europa e diritto privato*, 2016, fasc. 1, p. 10, con il decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 febbraio 2016 si è intervenuti sulle BCC, obbligando le banche di credito cooperativo con un attivo patrimoniale inferiore a 200 milioni di euro di aderire a un gruppo al cui vertice è posta una banca in forma di società per azioni, la quale eserciterà il coordinamento e il controllo sugli istituti ad essa legati da una sorta di “contratto di coesione”; nonché ad una forte penalizzazione per le banche riottose sopra soglia, le quali sono obbligate a trasformarsi in società per azioni e a pagare un'imposta speciale pari al 20% delle sue riserve, pena la liquidazione. *“ Si tratta di un ulteriore passo verso il deperimento della funzione mutualistica, al di là delle dichiarazioni di principio, che può tradursi in un ridimensionamento della stessa funzione creditizia da sempre esercitata dalle banche con un forte radicamento territoriale”*

<sup>219</sup> Una conferma del fatto che i progetti di riforma volti a neutralizzare le problematiche di *governance* fossero molteplici e prevalentemente volti alla neutralizzazione di tali difficoltà si ricava da F.SALERNO, *Le modifiche dell'art. 23-quater, d.l. 179/2012, alla disciplina delle banche popolari*, in Battelli del Reno 2013, pag.5/6, ove si afferma che la riforma del 2003/2004 del diritto societario, ha per certi versi semplificato in astratto, la riconducibilità delle banche popolari nella cooperazione a mutualità non prevalente, ma dall'altro ha reso ancor più complesso l'inquadramento delle banche popolari di grandi dimensioni (specie se con azioni quotate nei mercati regolamentati), che inevitabilmente legate a logiche di capitalizzazione e di investimento erano certamente più difficilmente compatibili con un modello cooperativo. Proprio per questo si erano prodotti un gran numero di progetti di riforma volti a neutralizzare i problemi di *governance* delle grandi banche popolari, tradizionalmente caratterizzata da poca partecipazione dei soci e da rischi di autoreferenzialità del management, e dall'altro, sui temi dell'efficienza e della competitività, sia in termini di concorrenza che di capacità di accesso al mercato dei capitali.

Tra questi progetti solo pochi di questi avevano promosso il definitivo abbandono delle regole del mutualismo, la gran parte hanno invece attenzionato il profilo dell'innalzamento dei limiti di partecipazione al capitale sociale e la previsione di limiti speciali per gli investitori istituzionali; il riconoscimento a favore di questi ultimi di poteri di nomina di propri rappresentanti negli organi di amministrazione e di controllo; l'ampliamento della possibilità di partecipazione al voto mediante delega; la rivisitazione dei vincoli riguardanti la cessione delle azioni e l'ingresso in società.

Nonostante il loro gran numero e le discussioni di questi progetti di complessiva riforma della disciplina delle banche popolari, gli stessi non avevano trovato concretizzazione. Qualcosa si era però mosso con il d.lgs. 18 giugno 2012, n. 91, intervenuto sulla sezione del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), dedicata alle società cooperative quotate, notoriamente identificabili con le banche popolari quotate, estendendo ai relativi soci diritti, già riconosciuti ai soci delle società quotate con finalità di lucro, volti a favorire una partecipazione più effettiva ed informata alla vita societaria. E da ultimo, l'art. 23-quater del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, incidente sulla disciplina delle banche popolari con altre modifiche al TUB ed al TUF.

<sup>220</sup> M.LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, in Riv. dir. soc. 2016.

impone la trasformazione invece di optare per meccanismi alternativi come ad esempio quello prospettabile dal binomio trasformazione volontaria e riconoscimento della facoltà di emettere strumenti finanziari di cui all'art.2526 c.c. che ora, in virtù dell'art. 150 bis c.2, possono essere emessi dalle popolari con dimensioni di attivo patrimoniali inferiore al limite legale. La riforma peccerebbe però anche per difetto alla luce del fatto che non sono stati predisposte cautele rispetto alla possibilità ormai riconosciuta alle spa, anche se aperte, di fissare tetti azionari, voti scalari ed altre modalità di deviazione dal principio ponderale ex art. 2351 c.3.

Il legislatore italiano ha quindi recepito, in maniera eccessivamente zelante e rigorosa, la tendenza europea a marginalizzare la cooperazione nel sistema del credito, finendo così per avviare “senza troppi giri di parole” un processo di espulsione della cooperazione dal mondo bancario, così come confermato anche dalla recente riforma delle BCC.

#### **4) Le ragioni del gold plating**

La linea di tendenza alla base della riforma delle banche popolari del 2015 è, senza alcun dubbio, da rinvenire nella scorretta propensione europea (ma forse più correttamente internazionale) ad incentivare il gigantismo bancario. Il nostro legislatore radicalizzando la tendenza ed imponendo la trasformazione delle popolari di rilievo dimensionale superiore a 8 miliardi di attivo patrimoniale (per le bcc la costituzione di gruppi controllati da spa o la trasformazione per quelle più rilevanti non aderenti a gruppi) sta realizzando una forte marginalizzazione del fenomeno cooperativo (in una prospettiva di completo superamento della cooperazione nel credito) rispetto alla quale non è possibile che individuare come unico responsabile: il legislatore italiano. La presunta derivazione comunitaria della riforma delle popolari è in realtà un mito privo di fondamento. Si tratta ancora una volta di un fenomeno di *gold plating*, cioè di recepimento delle indicazioni europee attraverso l'imposizione di misure di estremo rigore, né richieste né caldegiate dall'UE. In tal senso diversi autori hanno osservato come l'Europa sia stata utilizzata come “pretesto” per imporre misure di rigore di violentissimo impatto sull'autonomia privata e sulla struttura del mercato del credito<sup>221</sup>, instillando così in molti il fondato timore che dalla stessa possa derivare un vulnus al sistema bancario, ormai tendenzialmente omologato su un unico paradigma prevalente (ed in prospettiva esclusivo).

L'Unione Europea ha, in passato, dimostrato grande sensibilità al tema del pluralismo bancario<sup>222</sup> ed oggi, dopo un periodo in cui si era forse persa l'adeguata attenzione al problema della biodiversità nel settore del credito, sembrerebbe prospettarsi una ritrovata centralità della questione. Se infatti è vero che il legislatore europeo con l'unione bancaria abbia sostanzialmente trascurato

---

<sup>221</sup> S.MAZZAMUTO in “*La riforma delle banche popolari e l'europa come pretesto*” in Europa e diritto privato, **2016**, fasc. 1, secondo cui “è quanto mai esplicito il rischio di invocare l'Europa per giustificare scelte politiche che hanno, invece, come unico responsabile il legislatore nazionale. Ed anzi, l'Europa ha dimostrato una non trascurabile sensibilità verso il pluralismo delle forme giuridiche tramite le quali le banche esercitano il loro ruolo, ponendo, quindi, su un piano di assoluta parità il sistema capitalistico delle società per azioni e quello mutualistico delle banche popolari”.

<sup>222</sup> Cfr. la Risoluzione Parlamento europeo 5 giugno 2008 sul Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico, in particolare il punto 15.

il profilo in esame, le cose potrebbero prendere ben presto una nuova direzione. E' infatti ormai forte la richiesta di ridurre la rigidità delle regole per banche le cui dimensioni ed il cui business model siano manifestazione di una propensione al rischio limitata e le cui crisi obiettivamente non creino rischi di "contagio" rilevanti. Si potrebbe quindi arrivare ad un recepimento delle indicazioni che da molto tempo il sistema bancario cooperativo europeo continua a proporre<sup>223</sup> e così giungere alla definizione di una normativa a geometria variabile, attraverso il riconoscimento di una proporzionalità "strutturale", e cioè il passaggio da una regolamentazione una taglia unica ad una regolamentazione basata su almeno due livelli. Dal single rule book al double rule book, rifacendosi al modello Usa dell' approccio a strati (tiered approach) diversificato sia nelle regole sia nei parametri di vigilanza, a seconda delle dimensioni e caratteristiche delle banche.

Se quanto argomentato finora risponde al vero, la ragione ultima della radicalizzazione dell'impostazione europea e quindi della riforma è forse da rinvenire nell'esigenza di garantire il rispetto del criterio della sana e prudente gestione che, solo indirettamente, ha finito per sacrificare lo scopo mutualistico e favorire quello lucrativo<sup>224</sup>. Il legislatore attraverso una inversione logica dei problemi ha marginalizzato la cooperazione del credito proprio per garantire la sana e prudente gestione degli istituti, anche alla luce delle difficoltà riscontrate dalla vigilanza italiana nell'assicurare il rispetto di tale criterio di gestione per le banche popolari di maggiore dimensione. Si parla di inversione logica dei problemi anche perché, con tutta probabilità, il risultato della sana e prudente gestione si sarebbe potuto assicurare senza la necessità di un intervento incisivo sulla struttura del mercato e senza l'utilizzo pretestuoso di ragioni abbastanza opinabili o comunque superabili (in quanto non idonee a giustificare un intervento così incisivo) alla luce delle considerazioni dapprima articolate. Applicando dunque il principio del rasoio d'Occam<sup>225</sup> alla questione, la spiegazione più semplice della radicalizzazione del tendenza europea, potrebbe essere proprio legata alla presa di coscienza da parte del legislatore, non solo della fondatezza

---

<sup>223</sup> S.GATTI, in rivista *Credito Cooperativo* maggio 2017, "Il parlamento Europeo avvierà a breve il confronto e il risultato del processo di co-decisione, che coinvolge anche il Consiglio, potrebbe almeno in parte soddisfare la voglia di novità che viene dal mondo delle imprese e da quello delle banche che hanno continuato a finanziarle anche negli anni della Grande crisi".

<sup>224</sup> R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?"*, Pescara, 16 giugno 2015 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 5, pt. 1, p. 576.

<sup>225</sup> A.GHISALBERTI, *Guglielmo di Ockham, Scritti filosofici*, Firenze, 1991, p.19

delle sollecitazioni della Banca D'Italia ma anche delle difficoltà e talvolta delle inadeguatezze<sup>226</sup> del sistema di vigilanza italiano <sup>227</sup>.

## 5) I profili di illegittimità costituzionale

La riforma in commento ha sollevato un ampio dibattito, in dottrina ma soprattutto in giurisprudenza<sup>228</sup>, sulla costituzionalità di alcune delle misure dallo stesso introdotte nonché sullo stesso strumento giuridico utilizzato per introdurle. Le questioni maggiormente discusse sono state quelle relative alla presunta violazione con l'art 1 d.l. 3/2015:

-della competenza legislativa regionale concorrente in materia di "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" di cui all'art. 117, terzo comma, Cost.;

-del principio di proporzionalità nella fissazione del limite ad 8 miliardi di attivo patrimoniale;

---

<sup>226</sup> Sul punto si veda la Relazione finale approvata dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sulle banche nella seduta del 30 gennaio 2018, *disponibile sul sito www.parlamento.it*, ove si afferma che "Nello scenario che ha caratterizzato l'ultimo decennio, l'esercizio dell'attività di vigilanza non si è dimostrato del tutto efficace". "La Commissione è giunta a ritenere che in tutti i 7 casi" di crisi bancarie (Mps, Veneto Banca, popolare di Vicenza, Banca Marche, Etruria, Carichieti e Cariferrara) oggetto di indagine "le attività di vigilanza sia sul sistema bancario (Banca d'Italia) che sui mercati finanziari (Consob) si siano rivelate inefficaci ai fini della tutela del risparmio". In questi casi riguardanti, per le ipotesi più rilevanti, banche cooperative (salvo Mps) la commissione nella relazione rileva che "le modalità di applicazione delle regole e degli strumenti di controllo si siano rivelate perfettibili; che i poteri sanzionatori siano stati impotenti in caso di manifestazioni dolose che hanno spesso investito gran parte della direzione apicale degli emittenti; che le modalità di presidio dai rischi e di salvaguardia della trasparenza dei mercati si siano dimostrate inadeguate". Al netto degli episodi dolosi di occultamento di documenti e di mala gestio, che in talune situazioni hanno contraddistinto l'operato delle Banche in esame, "occorre domandarsi se gli strumenti a disposizione della Vigilanza siano stati utilizzati tutti ed in caso positivo, si siano dimostrati sufficienti". A tal proposito viene citata la testimonianza del Governatore che "chiamato ad esprimere una sua valutazione sull'operato di Banca d'Italia, non ha escluso possibili carenze".

<sup>227</sup> Se infatti è vero che gli esempi più eclatanti di crisi conclamate di alcune banche cooperative di dimensioni maggiori siano scoppiati dopo la riforma (ed aggiungerei in occasione della stessa che ha scoppiato i vasi di Pandora) le difficoltà della vigilanza erano emerse già in precedenza come del resto dimostrano le molteplici richieste di intervento legislativo sollecitate dalla Banca d'Italia. In tal senso mi pare possano essere letti gli interventi di A.M.TARANTOLA, *Le banche popolari nel confronto competitivo: vocazione territoriale e profili di governance*, Taormina 27 febbraio 2009; F.SACCOMANNI, *Le sfide per le banche popolari nel nuovo scenario regolamentare*, Verona 26 febbraio 2010; A.M.TARANTOLA, *Audizione del vice direttore generale della Banca d'Italia nell'ambito dei disegni di legge sulla riforma delle banche popolari*, 22 giugno 2011. Si tenga però in considerazione che mai gli stessi si fossero spinti fino ad immaginare correttivi di matrice dirigistica e penetranti sulla struttura stessa del mercato.

<sup>228</sup> Sul punto il confronto tra le corti è stato avviato con il ricorso diretto alla Corte Cost. dalla Regione Lombardia nel maggio del 2015, poi proseguito con l'ordinanza di rimessione del Trib. Napoli 24 Marzo 2016 e con le sentenze del T.A.R. Lazio, sez.3, 7 Giugno 2016 nn.06540, 06544 e 06548, ed infine con la remissione del Consiglio di Stato Sez. VI alla Corte Costituzionale con ordinanza, n. 5277 del 15 dicembre 2016 (rimessione avvenuta nel giudizio sui tre distinti ricorsi avverso le sentenze del TAR Lazio del 2016 di cui prima) e con la Sentenza della Corte Costituzionale n.287 del 21 dicembre 2016 relativa al ricorso della regione Lombardia. Si attende invece ancora la pronuncia della Corte circa l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato.

-dell'art. 118, quarto comma, Cost., "in combinato disposto" con gli artt. 45 e 47, nonché con gli artt. 2, 18 e 41 Cost;

-degli artt. 77 (secondo comma) e 117 Cost., "anche in combinato disposto con l'art. 3 Cost.", in quanto non sussisterebbero i presupposti che giustificano la decretazione d'urgenza;

-degli artt. 41, 42 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Cedu, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dall'art. 29, comma 2 ter, T.U.B., il diritto al rimborso delle azioni al socio che esercita il recesso possa essere limitato (anche con 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;

-degli artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente, 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 ed in ambiti coperti da riserva di legge.

#### 5.1 Competenza concorrente regionale ex 117 comma 3 Cost.

Secondo la Regione Lombardia, che ha impugnato in via diretta l'art.1 del d.l. 3/2015, lo stesso avrebbe violato la competenza legislativa regionale concorrente in materia di "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" prevista dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione, sotto almeno due profili.

In primis, per il fatto che la norma statale contenebbe disposizioni di dettaglio, specie in tema di previsione del limite di otto miliardi di euro di attivo patrimoniale, nonché per la conseguenti misure imposte in caso di travalicamento.

In secondo luogo, per il fatto che il legislatore statale non avrebbe concertato con le regioni nemmeno l'adozione delle disposizioni di attuazione affidate alla Banca d'Italia.

Secondo la Corte Costituzionale<sup>229</sup> il legislatore, imponendo la trasformazione delle popolari di maggiore rilevanza dimensionale, ha circoscritto il modello popolare alle sole aziende di credito di piccola o media dimensione, sulla base del presupposto che questo non sia adeguato alle caratteristiche delle banche popolari di grandi dimensioni. Il legislatore così facendo si sarebbe mantenuto nei limiti delle proprie competenze, di guisa dovrebbe escludersi che vi sia stata lesione delle competenze regionali in materia di aziende di credito a carattere regionale ex art.117 c.3. La riforma avrebbe introdotto, infatti, una disciplina incidente su materie destinate, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) ed l), Cost., alla competenza esclusiva dello Stato e precisamente sulla "tutela del risparmio", "della concorrenza" e dell'"ordinamento civile".

---

<sup>229</sup> Corte Costituzionale, Sent. 21 Dicembre 2016, n. 287 - Pres. P. Grossi - Est. D. De Pretis

In tale ottica, sarebbero da fugare i dubbi circa l'effettiva violazione delle competenze regionali in materia di aziende di credito a carattere regionale, non tanto e non solo perché, come si ricava dal decreto legislativo 18 aprile 2006, n. 171<sup>230</sup>, gli elementi rilevanti per riconoscere a un'azienda di credito a carattere regionale sono: l'ubicazione della sede e delle succursali nel territorio di una stessa regione, la localizzazione regionale della sua operatività, nonché, ove la banca appartenga a un gruppo bancario, la circostanza che anche le altre componenti bancarie del gruppo e la capogruppo presentino carattere regionale (art. 2, c 2), non potendosi infatti escludere, che in astratto, anche tali enti possano avere un attivo patrimoniale di 8 miliardi di euro, ma soprattutto perché le novità disciplinari introdotte e quindi la riforma tout court, sarebbero in realtà volte alla tutela del risparmio, della concorrenza e dell'ordinamento civile, cioè materie riservate allo Stato ex 117 c.2.<sup>231</sup>

Molte delle principali novità introdotte dall'art.1 del d.l.3/2015, come la trasformazione in spa o le possibili limitazioni al rimborso delle azioni in casi di recesso o ancora la possibilità di emettere strumenti finanziari partecipativi, sarebbero cioè accomunate da un identico *file rouge* e cioè quello di favorire il rafforzamento patrimoniale di questi istituti, per cui risulterebbe chiaro il fine di tutela del risparmio intrinsecamente caratterizzante tale riforma.

La trasformazione in spa, risponderebbe poi anche ad una logica affine cioè quella di consentire la contendibilità del controllo che è ostacolata dal voto capitario, dai limiti al possesso azionario e alla distribuzione dei dividendi, nonché dal gradimento degli amministratori all'ingresso dei nuovi soci ed ai limiti alle deleghe di voto. Le previsioni introdotte dalla riforma sarebbero quindi, secondo la giurisprudenza costituzionale, inquadrabili nella materia della "concorrenza", in quanto volte a consentire la competizione tra imprese attraverso l'eliminazione di limiti e vincoli alla libera concorrenza "nel mercato"<sup>232</sup>.

Infine, si richiama anche una ulteriore e più pregnante constatazione cioè quella secondo cui la previsione oggetto di giudizio di conformità costituzionale, incidendo sul modulo organizzativo e sullo statuto societario, è dunque da ricondurre alla materia dell'"ordinamento civile"<sup>233</sup>. Per i rapporti di natura privatistica, la competenza legislativa è attribuita allo Stato in ossequio all'art.3 cost. per l'ovvia necessità di garantire l'uniformità di trattamento, su tutto il territorio nazionale, dei rapporti civilistici tra soggetti che operano in regime privato<sup>234</sup>.

Secondo la Corte Costituzionale, queste materie di competenza statale esclusiva, avendo carattere trasversale sono destinate a prevalere<sup>235</sup> sull'ipotetica e in ogni caso marginale competenza concorrente regionale in materia di aziende di credito di interesse regionale<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> recante la "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale"

<sup>232</sup> Cfr. sent. n. 97 del 2014, n. 291 e n. 200 del 2012, n. 45 del 2010.

<sup>233</sup> Cfr. sent. n. 144 del 2016 con riguardo al modello delle società pubbliche.

<sup>234</sup> Cfr. sent. n. 97 del 2014 e n. 401 del 2007

<sup>235</sup> Cfr. sent. n. 30 del 2016 e n. 165 del 2014

<sup>236</sup> Cfr. sent. n. 2 del 2014, n. 291 e n. 18 del 2012, n. 150 del 2011, n. 288 e n. 52 del 2010, n. 431, n. 430, n. 401 del 2007 e n. 80 del 2006.

Sulla base di tali premesse, pare quindi chiaro come anche per il secondo profilo di illegittimità avanzato dalla regione, cioè la mancata previsione di forme di concertazione con le regioni per l'attuazione dell'intervento, ci si debba richiamare a quanto sopra affermato circa la prevalenza delle attribuzioni statali sulla competenza regionale concorrente in materia di aziende di credito a carattere regionale.

Le conclusioni a cui è giunta la Corte Costituzionale sembrano assolutamente condivisibili quanto a risultato finale ma non del tutto convincenti quanto a iter logico argomentativo. Pare infatti, del tutto evidente la legittimità costituzionale della riforma, almeno sul punto in questione, alla luce della considerazione che non si sia trattato di un intervento relativo a materie di competenza concorrente. La riforma ha infatti inciso su una materia di competenza esclusiva dello Stato cioè sulla materia dell'ordinamento civile, attraverso disposizioni incidenti sulla disciplina commercialistica, che richiedono l'uniformità di trattamento sul tutto il territorio nazionale. Tale materia è quindi sicuramente idonea a prevalere sulla marginale competenza regionale in tema di aziende di credito di interesse regionale.

Meno convincenti risultano invece le ulteriori giustificazioni addotte a sostegno della legittimità costituzionale, come la tesi della finalità di tutela del risparmio, del rafforzamento patrimoniale e della concorrenza.

Qui ci si limita però al richiamo delle ragioni già indicate nei precedenti paragrafi. In primo luogo, non vi sono evidenze empiriche di una maggiore solidità patrimoniale del modello spa rispetto quello cooperativo, in secondo luogo, sembra del tutto spropositato sostenere che il modello cooperativo rappresenti un sistema anticoncorrenziale ex se per le sue intrinseche caratteristiche come il voto capitario, il gradimento o i limiti alle deleghe.

## 5.2 Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza nella fissazione del limite dimensionale.

La Regione Lombardia aveva sollevato anche la questione di incostituzionalità per violazione della proporzionalità e ragionevolezza nella fissazione del limite ad 8 miliardi.

Anche tale questione è stata rigettata dalla Corte in quanto ritenuta infondata<sup>237</sup>, sulla base della constatazione per cui la trasformazione della forma giuridica delle banche popolari di maggiori dimensioni al paradigma della società per azioni, tipico delle banche commerciali, è stata determinata facendo riferimento ad un criterio dimensionale oggettivo, considerato indice attendibile di complessità dell'istituto.

La Corte ha poi ribadito che la discrezionalità di cui gode il legislatore nel fissare la soglia dimensionale limite, non è da lei sindacabile se non per manifesta irragionevolezza. L'opinabilità della soglia scelta rispetto alle diverse opzioni potenzialmente utilizzabili, non prova in alcun modo la violazione del principio di ragionevolezza. La fissazione dello stesso ad otto miliardi di euro non è considerato sproporzionato rispetto allo scopo perseguito dal legislatore,

---

<sup>237</sup> Corte Costituzionale, Sent. 21 Dicembre 2016, n. 287 - Pres. P. Grossi - Est. D. De Pretis



essendo lo stesso mosso dalla volontà tener fuori dall'obbligo di trasformazione in società per azioni solo le banche popolari di rilievo locale e non nazionale. In tal senso, si è espresso anche il Consiglio di Stato ove si è però esplicitato anche un elemento ulteriore ritenendo che la fissazione ad 8 miliardi pur essendo difforme dall'entità di attivo fissata dal legislatore UE per il MUV, non può essere considerato irragionevole essendo il frutto della discrezionalità ad esso riconosciuta<sup>238</sup>.

5.3 La violazione dell'art. 118, comma quarto, Cost., "in combinato disposto" con gli artt. 45 e 47, nonché con gli artt. 2, 18 e 41 Cost.

La Regione Lombardia, partendo dal rilievo costituzionale riconosciuto alla cooperazione dall'art. 45 Cost., aveva ritenuto che la stessa potesse rientrare tra le "attività di interesse generale" previste dall'art. 118, quarto comma, Cost., deducendo da questo che la limitazione della cooperazione nel settore del credito, fosse illegittima sottraendo alla cura delle regioni l'attività di enti a loro riservata, favorendo lo svolgimento della stessa attraverso iniziativa privata, in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale.

Lo stesso ragionamento era poi riproposto anche per il principio di tutela del risparmio previsto dall'art. 47 Cost., connesso all'art. 118, quarto comma, Cost. in virtù della considerazione che con la parte degli utili, delle banche popolari, destinati a fini di carattere socio-sanitario, scientifico e culturale, le regioni e gli enti locali potevano favorire iniziative dei cittadini per attività di interesse generale, oltre al fatto che in tal modo verrebbero frustrate le finalità di accesso popolare al credito perseguite dall'art. 47 Cost.

L'intervento statale avrebbe poi inciso anche sulla libertà contrattuale e di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., anche nella sua dimensione sociale, e frustrato gli scopi solidaristici intrinseci alla finalità mutualistica, contrastando così con gli artt. 2 e 18 Cost.. Sarebbe poi leso anche il legittimo affidamento dei piccoli azionisti delle banche popolari alla stabilità della loro situazione giuridica.

Secondo la Corte<sup>239</sup>, tali argomentazioni sarebbero insufficienti a fondare le censure, non essendo in alcun modo comprovato che il semplice obbligo di trasformazione societaria si traduca automaticamente in una lesione delle garanzie previste dall'art. 118, quarto comma, Cost. La genericità delle ragioni addotte a sostegno della lamentata lesione, non offre secondo la Corte argomenti idonei a confermare l'attitudine dell'art. 118 ad essere regola attributiva di specifiche competenze regionali.

---

<sup>238</sup> Ordinanza di rimessione alla corte Costituzionale del Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016, n. 5277.

<sup>239</sup> Corte Costituzionale, Sent. 21 Dicembre 2016, n. 287 - Pres. P. Grossi - Est. D. De Pretis

#### 5.4) La decretazione d'urgenza ed i suoi presupposti

In virtù dello strumento utilizzato, cioè la decretazione d'urgenza nelle forme del decreto omnibus, è stata infine posta la delicata questione dell'esistenza dei presupposti di necessità ed urgenza di cui all'art.77 Cost.

La Regione Lombardia ha quindi sollevato la questione della presunta violazione degli artt. 77 secondo comma e 117 Cost., "anche in combinato disposto con l'art. 3 Cost.", per insussistenza dei presupposti della decretazione d'urgenza.

Secondo la Corte *"la questione è in parte inammissibile, per difetto di motivazione sull'individuazione di competenze regionali potenzialmente lese dalla violazione dell'art. 77 Cost., e in parte infondata, là dove supera la soglia di ammissibilità, perché la norma impugnata non contrasta con l'art. 77 Cost."*<sup>240</sup>.

La Corte Costituzionale ha ritenuto sufficientemente precisa l'individuazione delle competenze regionali sulle quali si ripercuoterebbe la violazione dell'art. 77 Cost., ed in specie sulla materia delle "aziende di credito a carattere regionale", prevista dal terzo comma dell'art. 117 Cost. Seppur considerata ammissibile, è stata comunque respinta nel merito, sulla base della considerazione che secondo la costante giurisprudenza della Corte, il sindacato sul rispetto dei presupposti per l'emanazione di un decreto-legge è limitato ai soli casi di evidente mancanza della straordinaria necessità e urgenza richiesti dall'art. 77, secondo comma, Cost., o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione<sup>241</sup>. Tanto nel preambolo del d.l. n. 3 del 2015 quanto nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione, il Governo secondo la Corte avrebbe menzionato con precisione i presupposti di necessità ed urgenza, rifacendosi non solo alle nuove tendenze europee di rafforzamento patrimoniale contenute nella regolazione prudenziale ma anche alle sollecitazioni del Fondo monetario internazionale e dell'Organizzazione per lo sviluppo e la cooperazione economica. Tutte queste ragioni confermerebbero la presenza dei requisiti della straordinaria necessità e urgenza ed escluderebbero anche che la valutazione del requisito sia frutto di un ragionamento manifestamente irragionevole o arbitrario.

La Corte ha poi provveduto a enucleare le ragioni dell'infondatezza delle argomentazioni sollevate dal ricorrente.

Quanto alla natura non vincolante degli indirizzi europei, la Corte ha esplicitato il concetto secondo cui le ragioni della decretazione d'urgenza non per forza si rinvengono nella necessità di conformare l'ordinamento interno al diritto dell'Unione, ben potendo sussistere esigenze diverse.

Quanto al riferimento alle risoluzioni del Parlamento europeo che invitano i paesi membri ad adottare misure di salvaguardia del pluralismo bancario e di supporto alla cooperazione in materia creditizia, queste non comproverebbero la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della valutazione del Governo in relazione alla sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza. La Corte giustifica infatti la ragionevolezza della riforma sul fatto che la stessa sia conforme agli "indirizzi

---

<sup>240</sup> Corte Costituzionale, Sent. 21 Dicembre 2016, n. 287 - Pres. P. Grossi - Est. D. De Pretis

<sup>241</sup> 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.

europei”, cui si fa riferimento nel preambolo, che sono ricavabili da fonti normative dell’U.E. in materia di regolamentazione prudenziale, di SSM e di SRM e BRRD.

A ciò si aggiunga che, almeno a parere della Corte, la norma impugnata non perseguirebbe, come affermato dalla Regione, lo scopo di “cancellare” dal sistema bancario le banche popolari, limitandosi a disciplinare la forma giuridica di quelle che hanno raggiunto dimensioni significative. Sulla base di tale premessa la Corte ha quindi ripudiato anche la fondatezza della tesi secondo cui la normativa impugnata, prevedendo una riforma di sistema, non sarebbe compatibile con i presupposti del decreto-legge. Ad avviso della Corte infatti non si tratterebbe di una riforma del sistema bancario nel suo complesso incidendo solo sulle banche popolari.

Infine la Corte ritiene non fondata neanche l’accusa di non omogeneità della disciplina introdotta dal D.l che non contiene solo norme in tema banche popolari, ma anche sul profilo della portabilità dei conti correnti, di sostegno alle piccole e medie imprese innovative, di tassazione agevolata dei redditi derivanti dalla cessione di beni immateriali, di prestito indiretto per investitori istituzionali esteri e di finanziamenti agevolati alle piccole e medie imprese. L’eterogeneità non vi sarebbe secondo la Corte, poiché tutte le misure introdotte mirano al comune obiettivo di favorire ed agevolare i finanziamenti alle imprese, ostacolati dalla straordinarietà della crisi.

Sul punto risulta ben diversa la lettura fatta dal Consiglio di Stato nella Ordinanza di remissione alla Corte Costituzionale<sup>242</sup> in cui si sostiene la non manifesta infondatezza della questione di legittimità relativa al d.l.3/2015 per originario e manifesto difetto dei presupposti di cui all’art. 77 Cost.<sup>243</sup> e di conseguenza anche della legge n. 33/2015 che lo ha convertito. Secondo il Consiglio di Stato sarebbero stati assenti, al momento della emanazione del decreto, i presupposti legali di cui all’art.77, non essendoci in quel momento circostanze straordinarie tali da giustificare l’urgenza di quell’intervento normativo.

Il ragionamento articolato dal Consiglio di Stato infatti partendo da una analisi della evoluzione delle giurisprudenza della Corte Costituzionale è arrivato poi a riconoscere l’assenza di presupposti della decretazione d’urgenza al momento della emanazione, tuttavia poi probabilmente sanata dalla insorgenza postuma degli stessi<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2016, n. 5277, ord. - Pres. E. De Francisco - Est. R.Giovagnoli.

<sup>243</sup> L’ordinanza del Consiglio di Stato ha rilevato poi la fondatezza anche della violazione del 41, 42 e 117 in combinazione con il Protocollo addizionale 1 alla Cedu per la limitabilità del rimborso in caso di recesso ed infine anche per violazione artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui attribuisce alla Banca d’Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente.

<sup>244</sup> In tal senso M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Società*, 2017, pag. 157 secondo cui “*la storia recente della trasformazione in S.p.a. e dei “salvataggi” in extremis di Banca popolare di Vicenza e di Veneto Banca da parte del Fondo Atlante offriva la prova storica (seppur formatasi successivamente all’adozione del decreto-legge) che le ragioni di straordinaria necessità e urgenza per la trasformazione delle popolari in società per azioni, seppur enunciate in astratto nella relazione di accompagnamento, si erano successivamente materializzate in concreto, giacché in difetto di tale trasformazione la sottoscrizione degli aumenti di capitale del 2016 non avrebbe verosimilmente potuto avvenire da parte del Fondo Atlante (con conseguente insolvenza delle stesse).*”

Secondo Il consiglio di Stato, benché l'orientamento più risalente<sup>245</sup> riteneva che i vizi del decreto legge venissero meno dopo la conversione, equiparando la stessa ad una forma di novazione, successivamente invece ha preso campo l'interpretazione secondo cui la carenza dei presupposti sia sindacabile anche dopo l'intervento della conversione in legge escludendosi l'efficacia sanante conseguente alla conversione in legge<sup>246</sup>. Tuttavia tale successivo orientamento dapprima ribadito<sup>247</sup>, è stato poi nuovamente messo in dubbio in una fase di incertezze interpretative legate alle sentenza della Corte Costituzionale n. 360/1996, relativa alla reiterazione dei decreti legge<sup>248</sup>. Solo dopo il provvidenziale intervento della Corte con la sent. n. 398 del 1998<sup>249</sup>, si è però riaffermata la tesi possibilità del sindacato sui presupposti di necessità e urgenza del decreto-legge - esercitabile però solo nei limiti della loro "evidente mancanza" - anche dopo la conversione in legge<sup>250</sup>. La corte costituzionale ha infatti ribadito il suddetto orientamento constatando come una diversa ricostruzione, cioè quella volta ad affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto avrebbe significato attribuire al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto di competenze, fissato in costituzione, tra Parlamento e Governo in tema di produzione delle fonti primarie. Altra ragione è poi da rinvenire nel particolare rapporto che c'è tra decreto e legge di conversione, in virtù del fatto che al momento della conversione *"il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme"*

---

<sup>245</sup> Cfr. Corte Cost. n. 108 del 1986, n. 243 del 1987, nn. 808, 810, 1033, 1035 e 1060 del 1988, n. 263 del 1994

<sup>246</sup> Corte Cost sent n. 29 del 1995 in cui si afferma che *"la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione. Non esiste alcuna preclusione affinché la Corte costituzionale proceda all'esame del decreto-legge e/o della legge di conversione sotto il profilo del rispetto dei requisiti di validità costituzionale relativi alla pre-esistenza dei presupposti di necessità e urgenza, dal momento che il correlativo esame delle Camere in sede di conversione comporta una valutazione del tutto diversa e, precisamente, di tipo prettamente politico sia con riguardo al contenuto della decisione, sia con riguardo agli effetti della stessa"*.

<sup>247</sup> cfr. Sent. n. 161 del 1995 e n. 270 del 1996; sent. n. 330 del 1996

<sup>248</sup> la sentenza n. 360 del 1996, ha affermato non solo *"l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 77 della Costituzione, dei decreti-legge iterati o reiterati, quando tali decreti, considerati nel loro complesso o in singole disposizioni, abbiano sostanzialmente riprodotto, in assenza di nuovi (e sopravvenuti) presupposti straordinari di necessità ed urgenza, il contenuto normativo di un decreto-legge che abbia perso efficacia a seguito della mancata conversione"*, ma anche riconosciuto che il vizio da reiterazione *"può ritenersi sanato quando le Camere, attraverso la legge di conversione (o di sanatoria), abbiano assunto come propri i contenuti o gli effetti della disciplina adottata dal Governo in sede di decretazione d'urgenza"*.

<sup>249</sup> Creatosi un contrasto interpretativo circa l'efficacia sanante da riconoscere alla legge di conversione del decreto-legge, lo stesso è stato poi risolto dalla Corte costituzionale attraverso la sent. n. 398 del 1998 che distingue tra il c.d. vizio di reiterazione ed il vizio di carenza dei presupposti di necessità e di urgenza.

<sup>250</sup> Cfr. Sent. n. 341 del 2003; nn. 6 e 178, 196, 285 e 299 del 2004; nn. 2, 62 e 272 del 2005, su tutte però la sent. n. 171 del 2007, è stata la prima a dichiarare fondata (e non solamente ammissibile) la questione di incostituzionalità della legge di conversione per la carenza evidente dei presupposti di necessità e urgenza rispetto all'adozione del decreto-legge convertito, confermando il principio che la conversione non sana i vizi propri del decreto. Tale orientamento è stato poi confermato dalle sentenze n. 128 del 2008 e n. 222 del 2013.

*poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge”.*

Sulla base quindi di tali valutazioni il Consiglio di Stato ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionalità dell'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015 per la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., per la carenza dei presupposti di necessità e di urgenza.

Il Consiglio di Stato ha però chiarito la propria posizione ritenendo preferibile la tesi, in passato sposata dalla Corte costituzionale, secondo cui la conversione in legge sana ex nunc l'illegittimità derivante dalla carenza dei presupposti previsti per la decretazione d'urgenza. Quanto detto, a parere del Consiglio di Stato, sarebbe ancor più vero nei casi in cui la riserva di legge sia intesa in senso sostanziale a differenza delle ipotesi in cui sia richiesto il rispetto di un procedimento di formazione ordinario a garanzia di un corretto bilanciamento delle questioni, frutto di una dialettica parlamentare più piena, come per la materia penale probabilmente pregiudicata dalla procedura prevista per l'approvazione della legge di conversione del decreto legge, caratterizzata da contingentamento dei tempi. Questa tesi dell'efficacia sanante con effetto ex nunc, pur a voler ribadire l'originaria illegittimità del decreto-legge per assenza dei presupposti per il periodo anteriore alla conversione in legge, renderebbe superflua la questione di legittimità costituzionale, in quanto nel caso in esame i provvedimenti impugnati si collocano in un ambito temporale successivo alla conversione in legge del decreto. Tuttavia non essendo compito del Consiglio di Stato quello di individuare la soluzione più corretta alla *vexata questio*, lo stesso si è adeguato alla interpretazione oggi seguita dalla Corte Costituzionale, sollevando la questione di legittimità costituzionale non potendo dichiararla, per una serie di ragioni, manifestamente infondata.

In primis perché i presupposti di necessità e di urgenza sarebbero contraddetti dal fatto che molte norme introdotte dal decreto non sono auto-applicative, in secondo luogo perché l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 3 del 2015, prevede che: *“in sede di prima applicazione del presente decreto, le banche popolari autorizzate al momento dell'entrata in vigore del presente decreto si adeguano a quanto stabilito ai sensi dell'articolo 29, commi 2-bis e 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introdotti dal presente articolo, entro 18 mesi dalla data di entrata in vigore delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia ai sensi del medesimo articolo 29”*. Sul punto il Consiglio di Stato richiama la previsione generale di cui all'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, per la quale il decreto-legge deve contenere “misure di immediata applicazione”. Tale previsione pur non essendo formalmente rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che è intrinseco alla natura stessa del decreto legge<sup>251</sup>. Risulta quindi difficilmente conciliabile la necessità e l'urgenza con tempistiche così lunghe.

Quanto poi alla Relazione allegata al disegno di legge per la conversione, questa non scioglierebbe i dubbi sull'esistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, che certamente non possono essere ricavati dagli interventi *“del Fondo monetario internazionale, dalla Commissione europea e dalla Banca d'Italia, i quali hanno più volte segnalato i rischi che il mantenimento della forma cooperativa determina per le banche popolari maggiori: scarsa partecipazione*

---

<sup>251</sup> Cfr. Corte cost. 22/2012 e n. 220/2013

*dei soci in assemblea (che mina la democrazia azionaria e determina una concentrazione di potere in favore di gruppi di soci organizzati); scarsi incentivi al controllo costante sugli amministratori (che si traducono in situazioni di autoreferenzialità della dirigenza); difficoltà di reperire nuovo capitale sul mercato e, quindi, di assicurare la sussistenza dei fondi che potrebbero essere necessari per esigenze di rafforzamento patrimoniale".* I rischi richiamati a fondamento dell'urgenza, secondo il Consiglio di Stato, sarebbero stati al momento dell'emanazione non attuali e concreti, ma solo meramente potenziali, non risultando o comunque non essendo specificamente allegate o richiamate, situazioni tali da rendere attuali ed imminenti tali pericoli.

Non vi erano, quindi, al momento dell'emanazione del decreto-legge ragioni idonee a giustificare l'utilizzo del decreto-legge, come poi anche confermato dal fatto che la materia delle banche popolari fosse da tempo al centro di un ampio dibattito che ha visto intervenire anche le Istituzioni dell'Unione Europea, l' F.M.I. e l'O.C.S.E..

Si tratta, quindi, di una riforma sistematica e complessiva analoga ad altre ipotesi in cui la Corte costituzionale ha reputato violato l'art. 77, comma 2, Cost.<sup>252</sup>, non essendo strumento adeguato *"a realizzare una riforma organica e di sistema, che non solo trova le sue motivazioni in esigenze manifestatesi da non breve periodo, ma richiede processi attuativi necessariamente protratti nel tempo, tali da poter rendere indispensabili sospensioni di efficacia, rinvii e sistematizzazioni progressive, che mal si conciliano con l'immediatezza di effetti connaturata al decreto legge, secondo il disegno costituzionale"* <sup>253</sup>. Per tale ragione le esigenze di tutela della concorrenza, di consolidamento patrimoniale delle banche e di finanziamento del sistema economico, non sarebbero quindi idonee a superare le carenze in tema di presupposti della decretazione d'urgenza.

In dottrina una posizione argomentativa diversa è invece postulata da coloro<sup>254</sup> i quali hanno evidenziato che né la inconsistenza di alcune delle argomentazione usate dal Governo, né la natura sistemica né i profili intertemporali dell'intervento possano essere usati come validi argomenti a sostegno della assenza dei presupposti di necessità ed urgenza o per sostenere la manifesta irragionevolezza della scelta. Questa dottrina infatti pur dubitando della validità della affermazione secondo cui le popolari avrebbero solo forma cooperativa e non la sostanza mutualistica e non garantirebbero una gestione efficiente dell'impresa analoga a quella delle banche spa, afferma che tale scelta non sia automaticamente manifestamente irragionevole. Sul punto si evidenzia infatti come la grave crisi degli intermediari e l'esigenza di riorganizzazione del sistema finanziario secondo logiche di efficienza e responsabilizzazione, anche alla luce degli indirizzi provenienti da rilevanti organizzazioni europee ed internazionali, siano ragioni sufficienti a fondare e giustificare l'urgenza e la necessità di un pronto intervento con modalità accelerate rispetto al normale iter parlamentare. Il regime temporale dell'intervento non potrebbe quindi essere considerato come conferma della inesistenza di profili di urgenza, infatti, la fissazione del termine di 18 mesi dall'entrata in vigore delle misure della Banca d'Italia entro cui provvedere alla trasformazione o riduzione dell'attivo sotto gli 8 miliardi, non deve

---

<sup>252</sup> Cfr. Corte cost. n. 220 del 2013

<sup>253</sup> Cfr. Corte cost. n. 220 del 2013

<sup>254</sup> F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548 in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, fasc. 1, pt. 2, pp. 106-127

essere letto come un differimento dell'entrata in vigore della riforma ma come tempo minimo necessario alle banche per decidere, con ponderazione, la soluzione migliore e poterla poi attuare. Altrettanto insufficiente, ai fini della comprava dell'assenza dei presupposti, sarebbe poi la constatazione della natura sistemica dell'intervento, non essendo da sola idonea a rendere illegittimo il decreto, anche alla luce della consolidata prassi legislativa del nostro paese.

5.5) Limitazioni al diritto di rimborso delle azioni nell'esercizio del diritto di recesso ed il contenuto minimo della proprietà. Il sistema bancario tra esigenze "conformative" e poteri "ablatori".

5.5.1) Ricostruzione del quadro normativo interno.

Come in precedenza anticipato il d.l. n. 3 del 24 gennaio 2015, convertito con la legge n. 33 del 24 marzo 2015, ha aggiunto il comma 2-ter all'art. 28 del T.U.B., prevedendo che *"il diritto al rimborso delle azioni in 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"*<sup>255</sup>.

La Banca d'Italia ha quindi emanato le disposizioni secondarie di attuazione<sup>256</sup> della delega legislativa imponendo l'introduzione, all'interno degli statuti delle banche cooperative, di una clausola che attribuisca, ai sensi dell'articolo 28, comma 2-ter TUB, anche in deroga alle disposizioni del codice civile in materia e ad altre norme di legge *"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"*.

L'autorità ha poi specificato anche che l'organo con funzione di supervisione strategica, dovrà assumere *"le determinazioni sull'estensione del rinvio e sulla misura della limitazione del rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale"* prendendo in considerazione *"la situazione prudenziale della banca"* e cioè valutando principalmente *"la complessiva situazione finanziaria, di liquidità e di solvibilità della banca o del gruppo bancario"* ma anche *"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 CRR, ai requisiti specifici di fondi propri di cui alla"*

---

<sup>255</sup> La disposizione in commento ha subito una prima modifica in sede di conversione, la legge 24 marzo 2015, n.33, escluse l'applicabilità della stessa al di diritto di rimborso conseguente a «morte» del socio. Successivamente è stata nuovamente modificata dall'art. 1, comma 15, del d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72, che non solo ha reinserito il riferimento all'ipotesi del rimborso per morte del socio ma ha anche esteso la relativa disciplina alle b.c.c. (F.SALERNO, *Una decisione in tema di limitazione del diritto di rimborso delle azioni di banche popolari*, Giurisprudenza Commerciale, fasc.4, 2017, p.735).

<sup>256</sup> Con il 9° Aggiornamento del 9 giugno 2015 alle "Disposizioni di vigilanza per le banche" contenute nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013

*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<sup>257</sup>”.*

La previsione ha poi confermato “*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*”, ed ha previsto che “*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*” ed in fine che “*resta fermo quanto previsto dall’art. 78, par. 1, lettera b), CRR*”.

#### 5.5.2) La rimessione del Consiglio di Stato alla Corte Costituzionale

Il Consiglio di Stato<sup>258</sup> ha però rimesso alla Corte Costituzionale la questione di non manifesta infondatezza, tanto in relazione alle limitazioni al rimborso delle

---

<sup>257</sup> Sul punto M.MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Rivista delle Società*, fasc.6, 2016, in cui si afferma che “*ai sensi dell’art. 92, par. 2, del CRR*”:

*(a) per coefficiente di capitale primario di classe 1 (c.d. “Common Equity Tier 1 Capital Ratio”), si intende « il capitale primario di classe 1 dell’ente espresso in percentuale dell’importo complessivo di esposizione al rischio »;*

*(b) per coefficiente di capitale di classe 1 (c.d. “Tier 1 Capital Ratio”) si intende « il capitale di classe 1 dell’ente espresso in percentuale dell’importo complessivo dell’esposizione al rischio », laddove*

*(c) il coefficiente di capitale totale (c.d. “Total Capital Ratio”) designa « i fondi propri dell’ente espressi in percentuale dell’importo complessivo dell’esposizione al rischio ».*

*Mentre tali coefficienti si applicano a tutte le imprese bancarie e individuano, pertanto, requisiti patrimoniali minimi, i « requisiti specifici di fondi propri » si aggiungono ai primi in quanto tengono conto della situazione, appunto specifica, del singolo ente e vengono determinati dalla competente Autorità di Vigilanza [che per le banche di dimensioni “significative” è la Banca Centrale Europea in forza del Meccanismo di Vigilanza Unico introdotto dal Regolamento (UE) n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013] nell’ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale (c.d. “SREP”: Supervisory Review and Evaluation Process) e al fine di assicurare una gestione e una copertura adeguata dei rischi inerenti all’attività di quel particolare ente creditizio [cfr. gli artt. 97 ss. della direttiva 2013/36/UE (c.d. “CRD IV”) e la Parte Prima, Tit. III, Cap. 1, Sez. III, par. 5 della Circolare Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013].*

*Infine, il « requisito combinato di riserva di capitale » — volto a imporre la conservazione di riserve aggiuntive rispetto ai requisiti patrimoniali minimi che a loro volta si scompongono nelle voci costituite dalla « riserva di conservazione del capitale », dalla « riserva di capitale anticiclica », dalle « riserve di capitale per gli enti a rilevanza sistemica globale » e per « gli altri enti a rilevanza sistemica » — ha la funzione di « dotare le banche di mezzi patrimoniali di elevata qualità da utilizzare nei momenti di tensione del mercato per prevenire disfunzioni del sistema bancario ed evitare interruzioni nel processo di erogazione del credito nonché per far fronte ai rischi derivanti dalla rilevanza sistemica a livello globale o domestico di talune banche », imponendo, come principale effetto di una sua inosservanza, misure di conservazione del capitale che vanno dal divieto di procedere a distribuzioni in favore degli azionisti o dei possessori di strumenti di capitale aggiuntivo di classe 1, al divieto di assumere obblighi di pagamento di remunerazioni variabili o di benefici pensionistici (cfr. gli artt. 128 ss. della CRD IV e la Parte Prima, Titolo II, Cap. 1, della Circolare Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013)”.*

<sup>258</sup> Sulla questione un primo intervento giurisprudenziale è stato quello del Tribunale di Napoli che ha coinvolto il Banca Popolare di Sviluppo s.c.p.a. In ragione della previsione in commento tale banca fu costretta a modificare il proprio statuto, l’assemblea straordinaria approvò quindi l’inserimento in statuto di una clausola dal contenuto identico a quanto disposto dalle Disposizioni di Vigilanza.

Una parte degli azionisti impugnò la delibera con contestuale richiesta di sospensione ex art. 2378, comma 3, c.c.. Il Tribunale di Napoli, con l’ordinanza del 24 marzo 2016, dopo aver affermato l’illegittimità della delibera ne dispose la sospensione. Secondo tale ordinanza l’illegittimità della stessa sarebbe stata da ricondurre al riconoscimento del potere al consiglio di



azioni, quanto per la delega di poteri alla Banca d'Italia. Come risulta dalla ordinanza cautelare 2 dicembre 2015, n. 5383, i profili di illegittimità costituzionale riguardano infatti l'art. dell'art.1 del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, conv. con modif. dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, nella parte in cui:

*“a) prevede che, disposta dall’assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell’art. 29, comma 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle*

---

amministrazione il potere di limitare il diritto di rimborso delle azioni «in tutto e senza limiti di tempo», con potenziale completa soppressione del contenuto giuridico ed economico del recesso. Tale potere non sarebbe però stato attribuito dall'art. 28, comma 2-ter, t.u.b., avendo tale disposizione previsto esclusivamente la possibilità di limitare il rimborso e non certo sopprimerlo. Secondo l'ordinanza sopprimere il diritto di rimborso significherebbe negare al socio il diritto di recedere dalla società, mentre «pacifico, per fortuna, che nel nostro ordinamento giuridico il socio ha il diritto di decidere in assoluta autonomia di vendere la propria quota, ovvero di recedere dalla società a suo piacimento». Diversamente opinando si sarebbero violati gli articoli 42 e 47 della Costituzione.

Non contemplando la facoltà di “escludere” il diritto di rimborso, l'art. 28, comma 2-ter, t.u.b., non porrebbe quindi il problema della deroga ad altra norma di legge ed in particolare del divieto posto dall'art. 2437, comma 6, c.c., in base al quale è nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso.

In tale ottica la possibilità di escludere il rimborso prevista dalla Banca d'Italia, avendo esorbitato il dettato legislativo, sarebbe illegittima e dunque disapplicabile dal giudice ordinario. Sicché, in conclusione, la clausola introdotta dalla Banca risulterebbe nulla (per contrarietà all'art. 2437, comma 6, c.c.) senza rilevare in senso contrario quanto stabilito dalle Disposizioni di Vigilanza. Sul punto è poi intervenuta l'ordinanza collegiale depositata il 1° agosto 2016 con la quale il Tribunale di Napoli aveva deciso per l'accoglimento del reclamo avverso la commentata ordinanza del 24 marzo 2016 revocando così l'effetto della sospensiva ivi disposta. In particolare, dopo aver inquadrato le limitazioni in punto di recesso nel contesto della regolamentazione comunitaria, l'ordinanza collegiale ha escluso vizi di costituzionalità del D.L. sul tema di delega in bianco, pur riconoscendo la possibile violazione dell'art. 42 Cost. Vi sarebbe cioè un problema di bilanciamento tra l'interesse del socio recedente ad ottenere la tutela del proprio investimento e quello della collettività alla conservazione della stabilità della banca, la cui soluzione andrebbe affrontata, prima ancora che in chiave di costituzionalità, in termini di conformità al diritto europeo e da rimettere quindi alla Corte di Giustizia.

(Sul punto si veda F.SALERNO, *Una decisione in tema di limitazione del diritto di rimborso delle azioni di banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2017, pag. 735 e ss.; I.POLLASTO, *limiti al rimborso delle azioni per i soci di banche in caso di recesso: una prima pronuncia (trib. napoli sezione spec. imprese 24 marzo 2016)*, in *il nuovo diritto delle società* n.7, 2016; M.LAMANDINI, *Limitazioni al recesso delle banche popolari: il conflitto (apparente) tra disciplina societaria e prudenziale*, 14 aprile 2016, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it); M.MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà*, in *Rivista delle società*, 2016, 991 ss.).

Tra le due ordinanze del Tribunale di Napoli è intervenuto il Tar Lazio con due sentenze nn.6544 e 6548 del 7 giugno 2016, a cui è seguita l'ordinanza in commento del Consiglio di Stato n. 5277 del 15 dicembre 2016.

Il Tar Lazio, a cui si è in parte ispirata la seconda ordinanza del Tribunale di Napoli, ha riconosciuto la legittimità costituzionale della riforma, rispetto alla presunta delega in bianco, alla luce della normativa dell'Unione rispetto alla quale l'ordinamento interno si sarebbe limitata al recepimento. Tuttavia a differenza della seconda ordinanza del tribunale di Napoli, il Tar ha escluso un contenuto espropriativo della disposizione normativa volta al riconoscimento del potere della Banca D'Italia di limitare anche senza limiti di tempo il rimborso. Proprio sotto tale profilo l'istanza cautelare avverso le appellate sentenze del Tar, ha posto il Consiglio di Stato nelle condizione di sollevare la questione di legittimità costituzionale della norma primaria e, in via derivata, della normativa secondaria.

(Sul punto si veda M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Società*, 2017; M.MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà*, in *Rivista delle società*, 2016, 991 ss.; G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e “principio” del bail-in*, in *Rivista delle società*, 2017, n.1)

*azioni al socio che a fronte di tale trasformazioni eserciti il recesso sia limitato (con la possibilità, quindi, di escluderlo tout court), e non solo differito entro limiti temporali predeterminati per legge;*

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

Quanto alla prima questione, cioè quella attinente alla possibilità che in caso di recesso legittimato dalla trasformazione, possa essere escluso il diritto al rimborso, in tutto o in parte, oppure differito senza limiti di tempo, il Consiglio di Stato ha riscontrato in questa previsione una probabile violazione degli articoli 41 e 42 della Costituzione, nonché dell'art. 117, c. 1, Cost., in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo, alla luce della considerazione per cui la CEDU costituisce un parametro costituzionale interposto<sup>259</sup>.

Il Consiglio di Stato ha cioè utilizzato la nozione e la tutela di "proprietà" offerta dalla CEDU come grimaldello per poter affermare la violazione degli artt. 41 e 42 della Costituzione. La lettura offerta dai Giudici di Palazzo Spada è quindi volta a scardinare i limiti testuali delle predette disposizioni Costituzionali che difficilmente avrebbero potuto legittimare interpretazioni così estensive e tali da equiparare il diritto al recesso ed al conseguente rimborso al diritto di proprietà e quindi considerare la previsione normativa in commento come violativa della libertà di iniziativa economica oltre che della proprietà privata. Qui, come in altri casi analoghi, (specie in materia penale in relazione al principio di legalità<sup>260</sup>) lo stretto dettato letterale della normativa CEDU non contiene indicazioni che di per sé abbiano una portata valoriale più ampia di quella delle corrispondenti definizioni normative Costituzionali. Questo ampliamento di tutela è quindi da ricollegare all'interpretazione evolutiva del contenuto delle stesse operata dalla Corte EDU.

L'art. 1, del Protocollo addizionale n. 1 della CEDU si limita a riconoscere che *"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"*.

Si deve dunque alla giurisprudenza della Corte EDU l'ampliamento del concetto di proprietà che ha così assunto portata e significato autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici interi. La Corte EDU ha precisato infatti che la nozione autonoma di bene di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1<sup>261</sup>, fa sì che essa non si limiti alla proprietà dei beni corporali, ma si estenda anche altri diritti e interessi

---

<sup>259</sup> In tal senso R.GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione, p.6 e ss.; in giurisprudenza si vedano le sentenze della Corte cost. n. 348 e n. 349 del 2007.

<sup>260</sup> In tale senso R.GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, VIII edizione, p.24 e ss.

<sup>261</sup> cfr. Matos e Silva Lda et autres c. Portugal, 16 settembre 1996, § 75

aventi valore patrimoniale che sono considerati dunque “biens”<sup>262</sup>. Il minimo comune denominatore ai fini della qualificazione di proprietà alla luce dell’art. 1 del Protocollo addizionale è il “valore patrimoniale”, senza che abbia rilievo la qualifica “interna” della pretesa patrimoniale in termini di proprietà, diritto reale, diritto di credito o mero interesse patrimoniale giuridicamente rilevante.

La concezione autonomistica di bene oggetto di proprietà, adottata dalla Corte EDU, non è che un precipitato dalle dimensioni sostanzialistica tipicamente appartenente ad altre tradizioni ordinamentali, che ha il merito di attenuare il peso delle differenti impostazioni giuridiche dei vari paesi che hanno sottoscritto la CEDU. Ciò ha quindi consentito alla Convenzione, grazie all’operato della relativa Corte, di produrre una effettiva portata innovativa sugli ordinamenti nazionali.

Alla luce di questa premessa si comprende come la Corte abbia nel corso del tempo esteso il campo del concetto di “biens”, ricomprendendovi non solo la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche la proprietà intellettuale<sup>263</sup>; i diritti di credito <sup>264</sup>; le quote di società<sup>265</sup>.

In virtù della ricostruzione interpretativa fornita dalla Corte EDU allora la partecipazione societaria ed il diritto al rimborso della quota possono essere certamente considerati “beni” ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU.

Tale premessa consente quindi di comprendere le ragioni sottese al ragionamento articolato dal Consiglio di Stato nella remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità Costituzionale dell’art. 1 del d.l. n. 3 del 2015, che prevede, come già detto, l’obbligo di trasformazione in spa per le banche popolari che superino un attivo patrimoniale di 8 miliardi di euro nonché la possibilità di escludere o di rinviare senza limiti di tempo e senza alcun corrispettivo compensatorio, il diritto al rimborso del socio che esercitati il diritto al recesso a seguito della trasformazione.

Questa doppia previsione ha spinto i Giudici di Palazzo Spada a ritenere non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sulla base della considerazione per cui da un lato la trasformazione, imposta dalla legge, in società per azioni, modifica sensibilmente in senso riduttivo i diritti “amministrativi” del socio come il voto capitaro, dall’altro lato la potenziale limitazione al diritto al rimborso inciderebbe sui diritti patrimoniali del socio.

Questo meccanismo ha quindi fondato il sospetto di una violazione dell’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 e degli articoli 41 e 42 della Costituzione, proprio perché la trasformazione, riducendo i diritti amministrativi, intaccherebbe il contenuto del diritto di proprietà (sulla partecipazione) del socio, che pur a recedere non vedrebbe necessariamente il garantito il diritto al rimborso della quota. L’esclusione del diritto al rimborso in caso di recesso, conseguente alla

---

<sup>262</sup> cfr. Gasus Dosier - und Fordertechnik GmbH c. Pays-Bas, 23 febbraio 1995, § 53, nonché Brosset-Triboulet c. France, n. 34078/02, 28 marzo 2010

<sup>263</sup> Cfr. *mith Kline and French Laboratories LTd c. Paesi Bassi*, n. 12633/87, 4 ottobre 1990, §70

<sup>264</sup> Cfr. *Tre Traktor Aktiebolag c. Svezia*, 7 luglio 1989; *Raffineries Grecques Strane t Stratis Andreadis c. Grecia*, n. 13427/87, 9 dicembre 1994, § 61, *Kotov c. Russia*, n. 54522/00, 3 aprile 2012; *De Luca c. Italia*, n. 43870/04, 24 settembre 2013

<sup>265</sup> *Sovtransavto Holding c. Ucraina*, 48553/99, 25 luglio 2002, in cui la Corte afferma che “le partecipazioni societarie detenute dalla ricorrente hanno indubbiamente un valore economico e costituiscono “proprietà”, ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1”

trasformazione, potrebbe realizzare una sorta di esproprio senza indennizzo della quota societaria.

Nell'impianto motivazionale fornito dal Consiglio di Stato non è infatti ritenuto idoneo a legittimare costituzionalmente tale forma di esproprio, il fatto che l'esclusione del diritto di recesso troverebbe una giustificazione nell'esigenza di tutelare un contrapposto interesse pubblico di rilievo costituzionale e comunitario, cioè la necessità di assicurare la "*computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza delle banche*". A parere del Consiglio di Stato non vale a rendere costituzionalmente legittima la limitazione al diritto al rimborso, in caso di recesso, il solo fatto che lo stesso possa essere giustificato dalla necessità di garantire la patrimonializzazione della banca ai fini della disciplina prudenziale in modo da non intaccare così il capitale di qualità primaria ed assicurare la sana e prudente gestione dell'istituto.

Seppur infatti viene riconosciuta la rilevanza del conflitto tra opposti interessi di rilievo costituzionale (cioè tra la tutela della proprietà privata nell'accezione data dalla Corte EDU e l'interesse generale alla sana e prudente gestione dell'impresa bancaria, correlato alla tutela del credito e del risparmio) ed il bilanciamento degli stessi sia rimesso alla discrezionalità del legislatore, si deve comunque osservare il limite del c.d. "principio del minimo mezzo" espressione dei più generali principi di ragionevolezza e proporzionalità.

A parere dei Giudici di Palazzo Spada quindi nonostante rientri nella discrezionalità del legislatore ritenere prevalente l'interesse a non intaccare il capitale di qualità primaria al fine di assicurare la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria rispetto all'interesse patrimoniale dei soci, resta non legittima la previsione normativa in commento, in quanto non conforme ai principi costituzionali e comunitari, per violazione del principio del minimo mezzo.

La norma infatti consente che il diritto al rimborso possa essere limitato anche totalmente e non invece soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e previo riconoscimento di un interesse compensativo corrispettivo e proporzionato al ritardato nel rimborso della partecipazione. Ciò determinerebbe, nell'ottica del Consiglio di Stato, una evidente lesione del minimo mezzo, diversamente opinando la banca utilizzerebbe una quota di capitale altrui, cioè quella conferita da soggetti ormai non più soci, senza limiti di tempo e senza corrispondere a questi alcun interesse.

A questo i giudici di Palazzo Spada aggiungono anche un'ulteriore considerazione, di tipo più logico che giuridico, ritenendo difficilmente immaginabile che la previsione di una esclusione *sine die* del rimborso sia compatibile con il principio della sana e prudente gestione di un'attività bancaria svolta da un'impresa non 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.

Per il Consiglio di Stato tutto ciò dimostrerebbe come il legislatore nel bilanciamento degli interessi, sia andato ben oltre quanto strettamente necessario per tutelare l'interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell'attività bancaria. La sana e prudente gestione dell'attività bancaria non giustificerebbe quindi la soppressione definitiva del diritto al rimborso corrispettivo per il ritardo, non essendo tale soluzione in linea col principio del minimo mezzo.

### 5.5.3) Le posizioni della dottrina

La quasi totalità della dottrina, intervenuta sulla questione della limitazione del diritto al rimborso delle azioni, ha sollevato molteplici obiezioni rispetto alle conclusioni del Consiglio di Stato anche alla luce di una analitica disamina del complesso sistema normativo unionale ed internazionale.

Alcuni autori hanno evidenziato la necessità di inquadrare la questione delle limitazioni al rimborso della quota nell'ambito della più generale giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa alla compatibilità delle recenti norme in materia bancaria con il diritto di proprietà e con i diritti fondamentali in genere<sup>266</sup>. Dall'analisi della stessa si evincerebbe infatti la piena compatibilità delle misure di condivisione degli oneri con il rispetto del diritto di proprietà e più in generale dei diritti fondamentali<sup>267</sup>.

Tale impostazione dottrinale ha evidenziato l'infondatezza della tesi, richiamata nell'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, volta a sostenere la violazione del principio del minimo mezzo.

Prima di affrontare questo discorso è però necessario premettere, in via preliminare, che la disciplina introdotta all'art.28 c.2 ter del T.u.b. dall'art.1 del d.l. n. 3/2015, trae la propria ragione d'essere dagli artt. 28 e 29 della c.d. CRR (Regolamento UE 575/2013) che dettano la disciplina degli strumenti di capitale primario di classe 1 (CET 1)<sup>268</sup>.

E' questo il quadro in cui si colloca la previsione di cui all'art. 28, comma 2-ter, t.u.b., che ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di disciplinare, anche in deroga a norme di legge e ove necessario ad assicurare la computabilità nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca, i limiti del diritto al rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale.

L'idoneità a derogare la disciplina societaria, sarebbe quindi da imputarsi alla disciplina europea, in virtù del principio di primazia del diritto unionale<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Società*, 2017, pag. 159

<sup>267</sup> Sul punto il richiamo va alla sent.19 luglio 2016, in causa C-526/14, Tadej Kotnik, ove si afferma che "78 (...) le misure di condivisione degli oneri alle quali sarebbe subordinata la concessione di un aiuto di Stato in favore di una banca sottocapitalizzata non possono arrecare al diritto di proprietà dei creditori subordinati, un pregiudizio che questi ultimi, in caso di procedura di fallimento conseguente alla mancata concessione di un simile aiuto, non avrebbero subito. 79 Ciò posto, non si può validamente sostenere che le misure di condivisione degli oneri, quali quelle previste dalla comunicazione sul settore bancario, costituiscano un'ingerenza rispetto al diritto di proprietà degli azionisti e dei creditori subordinati." Sul punto si veda anche B.INZITARI, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 2017, p.7

<sup>268</sup> il regolamento CRR è stato introdotto allo scopo di dare uniformità alle normative nazionali relativamente ai riguarda i requisiti minimi prudenziali che tutti gli enti creditizi devono osservare per garantire la stabilità del mercato. Lo scopo è quindi quello di evitare distorsioni dello stesso dovute alle difformi regolamentazioni previste dai singoli Stati membri.

<sup>269</sup> Si riconosce ormai l'esistenza di uno speciale diritto delle imprese bancarie "così incisivamente derogatori rispetto al regime comune, da costituire un sistema disciplinare autonomo, fonte di regole e principi generali, dal cui stesso bacino attingere criteri ed elementi per la regolazione di eventuali lacune". Così M.PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea a cura di M.P.Chiti-V.Santoro*, Pisa, 2016, p.372.

Ricorda infatti Lamandini<sup>270</sup> che le norme del diritto europeo, si presumono valide fino a che non siano dichiarate invalide dalla Corte di Giustizia<sup>271</sup>, rimanendo fino a quel momento pienamente efficaci<sup>272</sup>. Tale potere non spetterebbe invece alle corti nazionali<sup>273</sup>, per cui nella misura in cui la disciplina nazionale si limiti meramente ad attuare la disciplina europea nel rispetto del principio del minimo mezzo, il primato del diritto europeo impedirebbe al diritto interno di prevalere sulla disciplina europea e non consentirebbe ad un giudice interno di disapplicarla fino a quando la Corte di Giustizia non l'abbia dichiarata illegittima.

Secondo questa dottrina, in virtù del principio di presunzione di validità, le normative europee si presumono conformi anche alla Carta di Nizza, che assicura una tutela del diritto di proprietà "in termini largamente sovrapponibili a quelli riconosciuti dalla Carta costituzionale italiana e dalla CEDU". Sulla base di tale premessa, ne deriverebbe che in quanto il diritto di limitare il rimborso è ritenuto dal legislatore europeo conforme alla carta dei diritti fondamentali, se ne presumerebbe anche la conformità alla Carta Costituzionale italiana e alla CEDU. In tale ottica, fino a quando la Corte Costituzionale non rimetterà alla Corte di Giustizia con rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, opererà la presunzione di validità e conformità dell'art. 29, paragrafo 2 e del regolamento di attuazione adottato ai sensi dell'art. 29, paragrafo 6, CRR con la Carta dei diritti fondamentali.

In termini sostanzialistici si afferma poi che il regolamento n. 241/2014 ammettendo la possibilità di una limitazione del diritto al rimborso "per un periodo illimitato" e ricollegando tale limitazione alla "situazione prudenziale dell'ente", non equivarrebbe ad un esproprio ma al più ad una limitazione del diritto di proprietà conforme all'art. 52 della Carta<sup>274</sup>, dal momento che *"la limitazione è solo eventuale, e ricorre solo ove la situazione prudenziale della banca lo esiga; e quand'anche operi la limitazione al diritto di rimborso, tale diritto resta pur sempre nella titolarità del socio, ma illiquido fino a che la condizione prudenziale della banca non ne consenta la liquidazione"*.

In sintesi nel conflitto tra l'interesse individuale del socio<sup>275</sup>, ad una uscita in tempi certi, e le ragioni precauzionali di interesse generale<sup>276</sup>, connesse alla stabilità dell'ente, a prevalere è questa seconda esigenza, sulla base del primato del diritto europeo e quindi in tal caso la verifica di conformità ai principi fondamentali spetta alla Corte di Giustizia e non al giudice nazionale. Tale tesi nega infatti la presenza di margini per poter invocare un sindacato diretto sulla disciplina

---

<sup>270</sup> M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Società*, 2017, p.161.

<sup>271</sup> Corte di Giustizia UE 6 ottobre 2015, in causa C-362/14, Schrems, par. 61; Corte di Giustizia UE 22 giugno 2010, in cause riunite C- 188/10 e C-189/10, Melki and Abdeli, par. 54.

<sup>272</sup> Corte di Giustizia UE 13 Febbraio 1979, in causa C-101/78, Granaria, parr. 4-5; Corte di Giustizia UE 7 giugno 1988, in causa C-63/87, Commissione c Grecia, par. 10; Corte di Giustizia UE 5 ottobre 2004, in causa C- 475/01, Commissione c Grecia, par. 18.

<sup>273</sup> Schrems, cit., par. 62; Corte di Giustizia UE 28 aprile 2015, in causa C-456/13, T&L Sugars, paragrafi 45-48; Corte di Giustizia UE 3 ottobre 2013, in causa C- 583/11, Inuit Tapiriit Kanatami, parr. 92-96.

<sup>274</sup> Cioè la previsione da parte di una norma che in virtù di un interesse riconosciuto tale dal diritto dell'Unione, necessità di perseguirlo con quello strumento, proporzionalità, necessità che la misura non elida del tutto il diritto fondamentale.

<sup>275</sup> D.GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, 1 ss.

<sup>276</sup> V. S. PACCHI PESUCCI, *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993.

europea in base alla tesi dei c.d. contro-limiti costituzionali, che richiederebbe l'incompatibilità con i valori costituzionali nazionali preminenti, non solo della disciplina europea ma anche della Carta dei diritti fondamentali (Nizza) a cui la disciplina normativa europea risulta conforme. Ma tutto ciò diventerebbe difficilmente ipotizzabile in virtù della presunta coerenza tra Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e Carta costituzionale italiana sul tema della tutela del diritto di proprietà.

Altra parte autorevole dottrina invece, preso atto delle perplessità circa la compatibilità con la Costituzione di una lettura di tal specie, è giunta sostanzialmente ad un risultato analogo cioè quello di ritenere insussistenti i profili di illegittimità costituzionale, attraverso un percorso logico-argomentativo più incentrato sui profili commercialistici (interni)<sup>277</sup> attraverso una interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata del dettato normativo.

In tale ottica questa disciplina potrebbe essere interpretata come l'attribuzione agli organi sociali del potere di conformare la partecipazione dei soci dissenzienti all'interesse alla conservazione della stabilità patrimoniale della banca. *“La disciplina in esame, in altre parole, instaura e risolve un conflitto “orizzontale” tra gli interessi dei diversi partecipanti all'impresa bancaria (soci recedenti, altri soci, creditori, depositanti), e non invece quel peculiare conflitto “verticale” tra Stato e privato alla cui composizione si volge il precetto del terzo comma dell'art. 42 Cost.”.*

Sul presupposto che la limitazione del diritto di recesso si pone su un terreno particolarmente insidioso, in quanto presuppone un corretto bilanciamento tra contrapposti interessi di rilievo costituzionale, cioè tra le esigenze di stabilità patrimoniale della società e la tutela della sfera patrimoniale dei singoli soci, tale impostazione ha utilizzato uno schema argomentativo tripartito. Per poter quindi ritenere corretta l'interpretazione dell'art 28 comma 2 ter in termini di potere conformativo e non espropriativo, questa impostazione teorica ha ritenuto necessario, *“in ossequio ai principi elaborati sia dalla Corte Costituzionale sul bilanciamento dei diritti sia dalle Corti europee sul rispetto del diritto di proprietà”*, vagliare se la normativa abbia imposto un sacrificio agli interessi dei soci di minoranza *“ragionevole”*, se la stessa abbia inciso sul *“contenuto minimo”* della proprietà e se siano presenti *“idonei mezzi di reazione per il caso di esercizio abusivo del potere decisionale della società”*<sup>278</sup>.

Argomentare sulla ragionevolezza<sup>279</sup> della previsione della limitazione parrebbe all'apparenza questione di poco momento, in realtà le giustificazioni addotte sul punto non sono sembrate del tutto idonee a fugare i dubbi circa l'arbitrarietà della

---

<sup>277</sup> In tal senso si veda M.MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Rivista delle Società*, fasc.6, 2016; G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e “principio” del bail-in*, in *Rivista delle società*, 2017, n.1, p.1; nonché F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, fasc. 1, pt. 2, pp. 106-127;

<sup>278</sup> M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)* in *Rivista delle società*, 2017, n. 1, p. 230

<sup>279</sup> M.CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

scelta del legislatore, non costituirebbe ad esempio adeguata giustificazioni l'affermazione per cui tale misura sia necessaria a garantire la stabilità patrimoniale delle popolari, in quanto esigenza presente anche per le banche in forma di spa.

In realtà anche per questa diversa impostazione, la reale conferma della ragionevolezza della differenziazione di trattamento, in occasione di recesso, tra i soci di spa e quelli di banche popolari è quindi da rinvenire nella diretta derivazione comunitaria della previsione, volta a realizzare una armonizzazione tra le previsioni normative degli stati aderenti alla Unione Europea.

Dopo aver superato questo primo ostacolo giuridico, a conferma della ragionevolezza della previsione normativa, questa dottrina si è posta il problema della verifica delle potenzialità espropriative della disciplina in commento.

Sul punto si è richiamata la già analizzata giurisprudenza della Corte EDU che ha ampliato il concetto di proprietà, facendo assumere all'istituto una portata ed significato autonomo rispetto a quello riconosciuto dagli ordinamenti giuridici interi. La Corte EDU ha quindi esteso la portata della nozione di bene, di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1, non più al solo concetto di beni corporeale ma anche ad altri diritti e interessi aventi valore patrimoniale<sup>280</sup>. Il minimo comune denominatore ai fini della qualificazione di proprietà, alla luce della interpretazione dell'art.1 del Protocollo addizionale n.1 fornita dalla Corte EDU, è infatti il "valore patrimoniale", senza che abbia rilievo la qualifica "interna" della pretesa patrimoniale in termini di proprietà, diritto reale, diritto di credito o mero interesse patrimoniale giuridicamente rilevante. In virtù di quanto prospettato la partecipazione societaria ed il diritto al rimborso della quota possono essere considerati "beni" ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n.1.

In conseguenza di siffatta ricostruzione è possibile equiparare ad un bene oggetto di proprietà, non solo della partecipazione societaria ma anche il parallelo diritto al rimborso in caso di recesso. Tale lettura considera quindi tutt'altro che superflua l'analisi dell'impatto che la disciplina normativa della limitazione del recesso genera sul contenuto minimo del diritto al disinvestimento, cioè sul diritto a realizzare un valore equivalente a quello della partecipazione.

Sul punto tale dottrina, anche alla luce della statuizioni giurisprudenziali, precisa che non si possa parlare:

-né di espropriazione della partecipazione del recedente, ma al più del diritto ad ottenere una pronta liquidazione della stessa;

-né di misura coattivamente imposta, in quanto il rischio di limitazione del rimborso è il frutto di una libera scelta del socio che si orienta al recesso;

-né di neutralizzazione piena del diritto del socio che esercita il recesso, pena la violazione dell'art. 42 comma 3 Cost., poiché nessun fine di interesse generale (in questo caso stabilità del mercato o sana e prudente gestione dell'impresa bancaria) può legittimare, in assenza di indennizzo, il sacrificio del diritto alla liquidazione del valore della partecipazione.

---

<sup>280</sup> B.CONFORTI, *La giurisprudenza della corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 107.



Una certa lettura delle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia potrebbe far pensare ad una effettiva espropriazione larvata per lesione del contenuto minimo della proprietà, in quanto le stesse sembrerebbero attribuire agli organi sociali della popolare sia il potere di "rinviare" *sine die* ogni diritto al recedente, sia il potere di "limitare" l'importo da rimborsare. Si imporrebbe, secondo questa dottrina, la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata<sup>281</sup> delle disposizioni o per dirla con le parole di un maestro<sup>282</sup> una interpretazione logica, assiologica e sistematica. Interpretando la norma nel senso che sia ammissibile disporre contestualmente la limitazione ed il rinvio del rimborso, con annessa privazione per il socio recedente della disponibilità delle azioni, significherebbe privare di contenuto non solo il diritto al rimborso del valore della partecipazione ma anche il diritto di recesso in se per sé. La lettura conforme al dato costituzionale sarebbe quindi quella di ammettere il rinvio e la limitazione in chiave di alternativa non cumulabile. Ma anche ciò forse non sarebbe sufficiente ad escludere la portata espropriativa della disposizione, ed è per questo che viene aggiunta una ulteriore precisazione valida sia per la limitazione che per il rinvio e cioè la restituzione delle azioni oggetto di rinvio o limitazione, in occasione del recesso.

La restituzione delle azioni sarebbe, secondo tale impostazione teorica, la soluzione in grado di neutralizzare la portata espropriativa della limitazione nelle misura in cui sia accompagnata però da una nuova attribuzione di tutti i diritti partecipativi (e analogamente nel rinvio) nell'attesa di un miglioramento della situazione patrimoniale della banca tale da consentire la liquidazione della partecipazione.

Quanto poi alla sussistenza, alla luce dell'art. 24 Cost., di strumenti idonei a garantire una tutela processuale contro eventuali abusi degli organi sociali nella predisposizione della limitazione o del rinvio, il problema è sempre quello di bilanciare tra l'esigenza del socio che recede e quella della società ed *in species* della garanzia di un *minimum* di discrezionalità degli amministratori.

Non potendo essere accolte le tesi estreme che, o negano agli amministratori anche un *minimum* di discrezionalità nella limitazione del rimborso (dovendo questi limitarsi ad una applicazione meccanica dei coefficienti patrimoniali prestabiliti) o che riconoscono invece agli amministratori un insindacabile spazio di discrezionalità nella scelta della limitazione del rimborso, sul punto tale dottrina ritiene necessario sposare una tesi mediana.

Gli amministratori, nello stabilire la limitazione o il rinvio non sono vincolati ad applicare la soglia di patrimonializzazione minima prevista in sede prudenziale dalle Autorità di Vigilanza, ben potendo prendere a parametro soglie di capitalizzazione più elevate, come risulta confermato dal carattere tutt'altro che rigido dei criteri indicati nelle Disposizioni di Vigilanza che riconoscono spazi di

---

<sup>281</sup> Per approfondimenti sulla conformazione del contenuto della proprietà al fine di realizzare la funzione sociale S.RODOTÀ, Art. 42, in Commentario della Costituzione, a cura di G.Branca, Bologna-Roma, 1982, p.69 ss.; quanto alla conformazione in senso comunitario e CEDU si veda M.LAMANDINI-D.RAMOS MUÑOZ-J.SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia ,n.79,ottobre 2015, p. 55 e ss..

<sup>282</sup> P.PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, tomo II, Terza edizione, 2006, p.433.

discrezionalità tecnica<sup>283</sup> agli amministratori alla luce di una sana e prudente gestione, la cui violazione legittima i recedenti far valere le proprie ragioni mediante l'impugnazione prevista dall'art. 2388, comma 4, c.c. e ad attivare comunque una pretesa risarcitoria nei confronti degli stessi amministratori ai sensi dell'art. 2395 c.c.

Quanto fin ora detto consentirebbe quindi di scongiurare il pericolo di una portata espropriativa della limitazione e del rinvio del rimborso, essendo infatti assicurata ragionevolezza dell'intervento, la non incidenza sul contenuto minimo della proprietà e la presenza di idonei mezzi di reazione all'esercizio abusivo del potere decisionale da parte degli amministratori, confermando in sintesi la portata conformativa della previsione normativa.

A questa lettura si è però opposta quella di coloro i quali<sup>284</sup> hanno evidenziato come i due strumenti possano essere combinati, non essendo coerente con lo spirito della norma una lettura in senso opposto, anche in virtù della inesistenza di qualsivoglia appiglio letterale idoneo a giustificare la soluzione dell'alternatività. Dalla lettura degli artt. 10 e 11 del Regolamento Delegato, sembrerebbe infatti discendere amplissima discrezionalità circa le modalità di utilizzazione di tali poteri in modo da poter conformare gli strumenti alle esigenze del caso concreto<sup>285</sup>.

Altra impostazione<sup>286</sup> invece, sulla base di tale premessa, ha sostenuto la possibilità che tali limitazioni siano del tutto compatibili con la costituzione non determinando forme ablatorie larvate della proprietà, alla luce della constatazione che le limitazioni al rimborso, non possano avere una efficacia diretta fintanto che queste non siano state inserite nello statuto attraverso modifiche. Dall'inserimento quindi della clausola di limitazione, conforme alle previsioni regolamentari europee, deriverebbe infatti per il socio la possibilità di esercitare il diritto potestativo di recesso alla luce della previsione di cui all'art.2437 cc., ad oggi ritenuto applicabile anche alle cooperative in virtù della constatazione che la disciplina propria delle cooperative sul punto sia lacunosa ed in virtù dell'art.150 bis comma 2 che non esclude tale forma di integrazione. In tale ottica non vi sarebbero margini per poter ritenere violato il contenuto minimo del diritto di proprietà attraverso forme ablatorie larvate, al socio spetterebbe infatti il diritto di recesso ed il conseguente rimborso indipendentemente dalla rispetto della soglia del capitale di classe 1. Solo ove il socio decidesse di non esercitare questo diritto si troverebbe eventualmente esposto a tale forme di limitazione, ma ciò sarebbe coerente con il dettato costituzionale in quanto conseguenti ad una sua ponderata scelta o meglio accettazione della modifica del contratto sociale.

---

<sup>283</sup> In tal senso anche G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 1, p. 1-99.

<sup>284</sup> L.CAROTENUTO *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub*, (in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto societario interno, internazionale comunitario e comparato*).

<sup>285</sup> L.SALOMONE, *"Il recesso dalle banche popolari ovvero: "rapina a mano armata"*, *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, I, 257 n. 2.

<sup>286</sup> L.CAROTENUTO *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub*, (in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto societario interno, internazionale comunitario e comparato*).

5.6) La Banca d'Italia ed il potere di disciplinare le modalità di esclusione del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente *“anche in deroga a norme di legge”*: il problema del rispetto del sistema gerarchico delle fonti.

5.6.1) La posizione del Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione

Il Consiglio di Stato ha considerato infine rilevante e non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 del d.l. 3/2015 per violazione degli artt. 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., in quanto ha conferito alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione, *“anche in deroga a norme di legge”*, del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente. Tale previsione finirebbe, in tale ottica, per riconoscere alla Banca d'Italia un potere di delegificazione in bianco, senza la preventiva e puntuale indicazione legislativa delle norme derogabili ed in ambiti sottoposti a riserva di legge.

L'art. 17, comma 2, legge 23 Agosto 1988, n. 400, prevede i regolamenti di delegificazione, attribuendo il relativo potere al Governo, prevedendo però l'esclusione di tale tipologia regolamentare in materie coperte da riserva assoluta di legge e fissando una serie di garanzie di natura procedimentale (il parere obbligatorio del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari) e sostanziale (l'individuazione da parte della fonte primaria delle norme generali regolatrici della materia).

Secondo i giudici di Palazzo Spada tali garanzie sono state del tutto violate per la fattispecie in esame in quanto il legislatore si è limitato 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 derogate.

In primis i dubbi di costituzionalità attengono alla delegabilità del potere di adottare regolamenti di delegificazione, che derogano norme di legge, a soggetti diversi dal Governo ed in specie alla Banca d'Italia cioè un ente privo di legittimazione democratica e, dunque, politicamente irresponsabile. Non potrebbero qui, secondo il Consiglio di Stato, essere invocate a fondamento della delegabilità, le ragioni che tradizionalmente sono invocate a sostegno del potere regolamentare delle Autorità indipendenti, le quali nel caso in esame mancherebbero, come si evincerebbe dal fatto che il potere regolamentare incida su materie già regolate dalla legge e, soprattutto, prive di quei connotati di particolare tecnicità o settorialità tali da giustificare l'intervento del regolatore indipendente.

In tal senso deporrebbe anche la preesistenza di una disciplina, di rango primario, dettata dal legislatore che certificherebbe la carenza dei requisiti legittimanti la regolamentazione delle autorità indipendenti. Tale tipo di regolamentazione, secondo il Consiglio di Stato, può trovare spazio solo in quegli ambiti di mercato settoriali e tecnicamente complessi, per i quali risultino non idonee le fonti tipiche provenienti da istituzioni legittimate democraticamente.

Sulla base di tali premesse i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto non manifestamente infondati i dubbi di compatibilità con il sistema costituzionale delle fonti e della rappresentatività istituzionale, desumibile dagli articoli 1, 95 e 97 Cost., dell'affidamento, ad un'autorità priva di legittimazione democratica, del compito di limitare il diritto al rimborso in caso di recesso attraverso un atto atipico e asistemico, abilitato, in bianco, a derogare norme legislative vigenti. Si

tratterebbe infatti di un potere regolamentare di delegificazione indeterminato, non avendo il legislatore fissato alcuna norma generale cui attenersi nell'esercizio della delegificazione e non individuando le norme legislative abrogabili.

Ove tutto questo non fosse sufficiente il Consiglio di Stato ha sottolineato come tale potere regolamentare atipico con effetto delegificante è attribuito in materie coperte da riserva di legge, infatti l'esclusione del diritto al rimborso che si demanda alla regolamentazione della Banca d'Italia si traduce, non solo in una prestazione patrimoniale imposta al socio recedente, in violazione dell'art. 23 cost. che prescrive che nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non per legge, ma anche in una violazione dell'art.42 che impone il rispetto della riserva di legge per le limitazioni alla proprietà privata.

Il Consiglio di Stato ha però concluso affermando che le riserve di legge previste da tali articoli, non escludono la possibilità che la legge, previa indicazione di termine massimo di differimento e di un tasso di interesse volto ad indennizzare il ritardo, deleghi ad una fonte secondaria l'indicazione, sotto il profilo tecnico, dei presupposti economici, finanziari o patrimoniali, che possono in concreto giustificare il differimento del diritto al rimborso della quota del socio recedente. In tale ottica la regolazione della Banca d'Italia si tradurrebbe in una mera specificazione, in chiave meramente tecnica, dei presupposti di legge.

#### 5.6.2) Le posizioni della dottrina

Parte della dottrina<sup>287</sup>, ha sostenuto la validità delle argomentazione utilizzate dai Giudici di Palazzo Spada, ritenendo condivisibili *“le censure concernenti l'attribuzione alla Banca d'Italia, cioè ad un soggetto diverso dal governo, del potere di adottare – mediante le sue Istruzioni – regolamenti di delegificazione anche in deroga a norma di legge. In proposito viene sottolineato che tale Autorità è «estranea al circuito politico Parlamento – Governo, priva di legittimazione democratica e, dunque, politicamente irresponsabile”*

Difformi sono ovviamente le conclusioni, già in precedenza proposte, cui giunge altra parte della dottrina<sup>288</sup>, partendo dalla constatazione che la previsione dell'art. 28 è conforme alle disposizioni contenute negli art. 10 ed 11 del Regolamento 241/14, le quali essendo norme imperative sono destinate a prevalere su quelle interne, indi per cui si tratterebbe non di delegificazione ma di armonizzazione attraverso la normativa europea.

Altra dottrina<sup>289</sup> poi solleva forti dubbi circa la riconducibilità della limitazione di cui al 28 comma 2 ter tra le prestazioni patrimoniali imposte ex art. 23 Cost., per il fatto che per rientrare nel divieto di prestazioni patrimoniali imposte non basta

---

<sup>287</sup> S.AMOROSINO, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori “in bianco”*, in Dir. Banc. Mer. Fin. N. 2/2017.

<sup>288</sup> M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale Nota a C. Cost. 21 dicembre 2016, n. 287; ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2017, fasc. 2, p.156-162

<sup>289</sup> F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, fasc. 1, pt. 2, pp. 106-127.

un potenziale pregiudizio patrimoniale per il privato ma è necessario anche l'ulteriore requisito cioè che il pregiudizio sia la ragione sottesa alla norma impositrice. Tale impostazione corrobora poi il ragionamento attraverso la constatazione, di rilievo probabilmente dirimente, secondo cui al privato è concessa comunque la possibilità di evitare l'imposizione<sup>290</sup>.

Infine pur a voler considerare la prestazione rientrante nel divieto costituzionale di cui sopra, secondo una certa ricostruzione dottrinale<sup>291</sup>, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha più volte confermato la natura relativa di questa riserva di legge e per tale ragione si contesta la presunta violazione dell'art. 23 della Costituzione. In tale ottica sarebbe quindi ritenuto sufficiente, affinché si rimanga nei limiti del divieto, che dalla previsione legislativa si possa desumere la portata e gli ambiti applicativi dell'onere imposto. Ciò si sarebbe verificato anche nella vicenda in commento, alla luce del fatto che in virtù della delega la Banca d'Italia si è limitata ad attuare i criteri e le linee guida individuate dalle previsioni europee, non sarebbe quindi ipotizzabile alcuna violazione della riserva di legge di cui all'art. 23 della Costituzione.

Tenendo in considerazione infatti la diretta vincolatività delle norme del CRR e del Reg. c'è chi ha sostenuto che *“le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia rappresentassero non una delle possibili varianti attuative dell'art. 28, comma 2-ter, T.U.B., bensì l'unica ammissibile, una volta che l'enunciato di legge fosse stato interpretato in coerenza con le indicazioni precettive provenienti dal diritto europeo”*<sup>292</sup>.

#### 5.7) Considerazioni di sintesi in attesa della pubblicazione delle motivazioni della Corte Costituzionale

Le questioni ancora aperte, dopo le summenzionate pronunce giurisprudenziali, erano sostanzialmente quelle relative alla sussistenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza, quella relativa alla violazione del contenuto minimo della proprietà a seguito della limitazione del rimborso ed infine quella involgente i poteri regolatori della Banca d'Italia in materie coperte da riserva di legge.

Sul punto la Corte Costituzionale con un comunicato del 21 marzo 2018<sup>293</sup> ha reso pubblica la decisione sulle questioni di costituzionalità sollevate dal Consiglio di Stato. La Corte ha confermato la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza per il decreto legge, ha riconosciuto che non sia lesiva del diritto di proprietà la normativa impugnata che in attuazione di quella europea sui requisiti prudenziali prevede la possibilità per le banche di introdurre limitazioni

---

<sup>290</sup>In tal senso anche B.INZITARI, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), p.13, 2017

<sup>291</sup>F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari Nota a TAR LA - Roma sez. III 7 giugno 2016, n. 6548*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, fasc. 1, pt. 2, pp. 106-127.

<sup>292</sup>M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)*, in *Rivista delle società*, 2017, n. 1, p. 230

<sup>293</sup>Disponibile sul sito istituzionale della Corte Costituzionale all'indirizzo:

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20180321193542.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20180321193542.pdf)

al rimborso in caso di recesso del socio. Infine ha valutato i poteri normativi affidati alla Banca d'Italia come ossequiosi dei limiti imposti dalla Costituzione.

In attesa della motivazione della decisione della Corte e prima di affrontare questi punti, provando quindi a valutare le possibili soluzioni prospettabili dalla Corte Costituzionale, è però necessario fare una premessa generale sulla riforma e sui suoi effetti. Benché la teoria economica non abbia dimostrato la migliore resilienza delle banche in forma di spa rispetto alle banche cooperative ed in particolar modo per le popolari, il legislatore attraverso un intervento lesivo della autonomia privata e della biodiversità del sistema bancario, ne ha fortemente ridimensionato le prospettive di sviluppo, finendo tendenzialmente per espungere (o comunque ridimensionare) la cooperazione nel settore creditizio, pur essendo molteplici gli studi economici che dimostrano risultati empirici non inferiori a quelli delle banche spa, oltre che la maggiore efficienza dei mercati finanziari caratterizzati da pluralismo.

I giudizi negativi sulle modalità di realizzazione della riforma e sulle finalità perseguite dalla stessa, cioè la controintuitiva semplificazione soggettiva del mercato bancario e l'inaugurazione di una tendenza legislativa alla espulsione della cooperazione dal settore creditizio, nonché su molte delle argomentazioni usate a sostegno della scelta legislativa, non devono però offuscare il giudizio sulle valutazioni tecniche sottese alle problematiche costituzionali ancora pendenti.

Quanto al profilo della sussistenza dei presupposti di cui al 77 comma 2, non può più dubitarsi della loro presenza, quantomeno sopravvenuta, si tratterà quindi solo di attendere le argomentazioni che la Consulta utilizzerà per ribadire il risultato già affermato nella sentenza del dicembre 2016.

I profili di maggior rilievo sono quindi quello relativo alla limitazione del rimborso per il potenziale effetto espropriativo nonché quello della delega in bianco di un potere di delegificazione alla Banca d'Italia.

La vicende legate al potere di limitazione del rimborso del recesso, riconosciuto dalla riforma delle banche popolari allo scopo di agevolare la trasformazione delle banche cooperative in banche spa salvaguardando però la consistenza patrimoniale delle stesse<sup>294</sup>, hanno suscitato amplissimo clamore mediatico, "uscendo" dalle grigie aule dei tribunali e dalla tecnicità delle settoriali riviste scientifiche per "finire" sulle prime pagine dei principali quotidiani. La rilevanza assunta dalla questione non pare essere solo legata alla drasticità della più complessiva riforma della cooperazione bancaria<sup>295</sup> e quindi all' "affetto" degli italiani verso questi istituti, tendenzialmente i più disponibili al sostegno dello sviluppo delle realtà locali, ma probabilmente tale clamore è connesso anche alla valenza "archetipica" del conflitto tra contrapposte esigenze, da un lato il recupero dell'investimento<sup>296</sup> e dall'altro l'interesse alla stabilità<sup>297</sup> degli intermediari bancari soggetti a trasformazione.

---

<sup>294</sup> M.CARLIZZI, *Osservazioni intorno alla riforma delle banche popolari*, in riv. dir. comm., 2016, i, p.65.

<sup>295</sup> Si intende riferirsi con tale espressione all'apparente duplicità delle riforme che hanno coinvolto dapprima le banche popolari e poi quelle di credito cooperativo.

<sup>296</sup> D.GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000, 1 ss.

<sup>297</sup> G.GRIPPO, *Il recesso del socio*, in Trattato Colombo-Portale, vol. 6, t. 1, Torino, 1993, 137

Tale conflitto è stato risolto con una previsione, dal sapore antico<sup>298</sup>, che ha riconosciuto la potenziale conformazione della posizione giuridica soggettiva dei soci alle esigenze di stabilità<sup>299</sup>. In tal modo però si è potenzialmente esposto il privato, non solo alla perdita del rimborso ma anche al venir meno di un significativo potere contrattuale di disincentivare l'operazione<sup>300</sup>. L'incisività della dimensione conformativa ha però sollevato, in dottrina<sup>301</sup> e giurisprudenza<sup>302</sup>, il timore che la stessa potesse, da un lato determinare una forma di delega in bianco di poteri regolamentari in violazione della gerarchia delle fonti, dall'altro violare il contenuto minimo della proprietà attraverso provvedimenti ablatori e non meramente conformativi, in assenza di indennizzo e quindi in violazione delle normative costituzionali, unionali e cedue.

La disciplina del recesso dalle banche popolari sembrerebbe confermare in modo molto netto la tesi secondo cui la disciplina bancaria abbia una sua dimensione autonoma e speciale rispetto a quella commercialistica, essendo legata non solo alle mere logiche privatistiche ma anche alle esigenze di sistema. Il recesso (rectius le sue risultanze patrimoniali) non sono infatti legate solo all'andamento della gestione dell'impresa bensì anche al rispetto delle esigenze di stabilità<sup>303</sup>. La conformazione (disposta dall'art. 28, comma 2-ter, T.U.B.) è di tutta evidenza posta a tutela di un interesse pubblico, lo stesso infatti resta solo apparentemente occultato dietro il velo del parametro tecnico della computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca.

Prima di affrontare più nello specifico il tema della conformazione, è però opportuno premettere che per quanto riguarda la questione legata al pericolo di una violazione della gerarchia delle fonti, la stessa credo possa rappresentare ormai un falso problema alla luce delle considerazioni e ricostruzioni dottrinali che hanno appurato la diretta derivazione unionale della nuova disciplina del T.U.B..

---

<sup>298</sup> La dottrina (G.ROMANO) ha evidenziato come si tratti di una misura dal contenuto simile a quella contenuta nel codice del 1882 all'art.158. Tale disciplina del recesso societario venne studiata per garantire il buon esito di una nota fusione bancaria allo scopo di evitare la fuga di capitali, la quale poi divenne strumento di un uso generalizzato, il che ebbe come effetto quello di elidere il diritto di recesso per le deliberazioni di fusione dichiarate di «pubblico interesse». L.A. evidenzia come nel recesso si incominciò a dar rilievo sempre maggiore all'interesse pubblico ed a provarlo fu proprio la materia bancaria, ove, in relazione alle fusioni c.d. "speciali", gli artt. 49 e 51 della l.b. '36, si svalutò la volontà dei soci rispetto all'interesse pubblico. I soci furono infatti privati del diritto di recesso. Solo con il T.U.B. '93 l'impostazione venne ribaltata, ammettendo non solo le fusioni ma anche le trasformazioni delle popolari in s.p.a. lasciando salvo però il diritto di recesso. La riforma del d.l. n. 3/2015, sembra aver prodotto un poderoso ritorno al passato attraverso la predisposizione di una disciplina volta al superamento del modello cooperativo nel settore creditizio ed a favorire le concentrazioni da attuarsi dentro e fuori la categoria. In tale ottica secondo l'A. si giustifica una disciplina del recesso conformata all'interesse pubblico, la quale però, a mio parere, si pone in un quadro più complesso derivante dalla disciplina unionale e non esattamente riducibile alla supposta funzione di concentrazione.

<sup>299</sup> C.FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013

<sup>300</sup> C.FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, Milano, 2009, 105 ss.

<sup>301</sup> S.MAZZAMUTO, *La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 6

<sup>302</sup> Da ultimo il Consiglio di Stato con la nota rimessione alla Corte costituzionale.

<sup>303</sup> L.SALAMONE, *Il recesso dalle banche popolari ovvero: "rapina a mano armata"*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2016, I, p.243

Ricostruire la disciplina europea sul punto non è però un compito agevole, tanto per la pessima qualità esplicativa del legislatore unionale, fattore forse legato alla estrema tecnicità della normativa, quanto per la difficile coordinazione derivante dalla disarticolazione in una molteplicità di fonti.

Partendo da lontano potremmo però dire che l'acuirsi ed il protrarsi della crisi economica del 2007 a livello mondiale ed in particolare nel contesto europeo ha imposto l'adozione di iniziative volte al rafforzamento del sistema finanziario. In tale ottica deve collocarsi la modifica approntata dal comitato di Basilea agli accordi di Basilea 2. Nel 2011 si è arrivati all'accordo di Basilea 3 con cui si è imposto un innalzamento dei requisiti di patrimonializzazione per gli intermediari. In sintesi l'impianto sorto dopo la crisi del 2007 non ha modificato nella sostanza il modello di vigilanza che resta sempre prudenziale, ma ha previsto semplicemente dei correttivi al sistema di Basilea 2<sup>304</sup>.

L'accordo di Basilea 3 è stato poi riprodotto nella disciplina comunitaria attraverso la direttiva CRD IV (2013/36/UE) ed il regolamento CRR (n.575/2013) che hanno risposto da un lato all'esigenza di un rafforzamento patrimoniale delle banche<sup>305</sup>, dall'altro alla richiesta di regole del governo societarie più rigide specialmente in tema di remunerazione del *management*<sup>306</sup>.

Quanto al primo profilo cioè al profilo delle esigenze di rafforzamento patrimoniale, le stesse hanno prodotto una mutazione dell'assetto normativo. In tale ottica risultano evidenti le ragioni che hanno portato all'introduzione di "*regole prudenziali volte a garantire la stabilità degli operatori bancari e finanziari anche mediante, per quanto qui rileva, la previsione di limitazioni e controlli sull'utilizzo da parte degli stessi dei fondi propri*"<sup>307</sup>.

---

<sup>304</sup> La tendenza alla deregolamentazione produsse infatti una crescita non controllata dei rischi e l'indebolimento dell'autorità di controllo, specialmente sotto il profilo della tempestività degli interventi. Tale tendenza era infatti stata recepita nel secondo accordo di Basilea che aveva legittimato una riduzione degli oneri di capitalizzazione minima. Alla luce della crisi del 2007 si decise quindi di operare un revirement rispetto all'accordo del 2004 attraverso il c.d. Basilea 3. Ciò consentì l'avviò all'interno dell'Ue quindi un ripensamento del sistema di vigilanza reputato non più idoneo a prevenire e fronteggiare le crisi finanziarie e vennero quindi istituite nuove autorità (CERS, SEVIF, ABE, AESFEM, AEAP).

<sup>305</sup> L'innalzamento dei requisiti patrimoniali è avvenuto attraverso l'introduzione di correttivi nella disciplina dei coefficienti di solvibilità e dei rischi di mercato. Le correzioni hanno inciso:

- sulla qualità degli strumenti che sono computabili nel patrimonio,
- sul sistema delle ponderazioni e quindi sul metodo di calcolo relativamente ai rischi di mercato,
- attraverso la previsione di un coefficiente di limitazione della leva finanziaria,
- attraverso il riconoscimento della possibilità per le autorità di imporre alle banche di detenere una certa quantità di patrimonio aggiuntivo per contenere i rischi di un'eccessiva concessione del credito nei periodi di espansione economica,
- nonché attraverso l'aumento del coefficiente patrimoniale previsto per gli intermediari di grandi dimensioni il cui fallimento potrebbe produrre rischi sistemici.

Per approfondimenti si rinvia a C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario a cura di F, Capriglione*, 2015, p.197

<sup>306</sup> Si è infatti accertato che la tendenza all'assunzione di rischi eccessivi ha avuto storicamente una correlazione significativa con l'implemento degli strumenti finanziari di incentivazione alle performance aziendali di breve periodo che possono porsi in termini conflittuali rispetto alla esigenza di sana e prudente gestione di lungo periodo. Per approfondimenti si rinvia a C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario a cura di F, Capriglione*, 2015, p.198

<sup>307</sup> F.SALERNO, *una decisione in tema di limitazione del diritto di rimborso delle azioni di banche popolari*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc.4, 2017, ove nella nota 11 si afferma che alla Direttiva 2013/36/UE ed al Regolamento UE 575/2013, a sua volta integrato dal Regolamento



In questo contesto logico e normativo si collocano quindi le previsioni della direttiva 2013/36/UE (CRD IV) che hanno introdotto misure di conservazione del capitale come l'art.141 che prevede che “*Stati membri vietano agli enti che soddisfano il requisito combinato di riserva di capitale di effettuare una distribuzione in relazione al capitale primario di classe 1 tale da diminuire il capitale primario di classe 1 ad un livello che non consenta più di soddisfare il requisito combinato di riserva di capitale*”. Correlata a tale previsione è poi quella contenuta nel Regolamento UE 575/2013 che agli artt. 77 e 78 ha fissato le condizioni al ricorrere delle quali poter ridurre i fondi propri e le modalità del rilascio da parte della competente autorità di vigilanza dell'autorizzazione a tal fine richiesta<sup>308</sup>.

Il Regolamento UE 575/2013 (CRR) per le “*società mutue e cooperative, enti di risparmio ed enti analoghi*”, prescrive poi specifiche misure di conservazione dei requisiti patrimoniali come l'art. 29 che consente all'ente di rifiutare o limitare il rimborso degli strumenti di capitale, nei casi in cui la normativa nazionale applicabile vieti il rifiuto.

E' quindi questo il quadro in cui si colloca la previsione di cui all'art. 28, comma 2-ter, t.u.b., che ha attribuito alla Banca d'Italia il potere di disciplinare, anche in deroga a norme di legge e ove necessario ad assicurare la computabilità nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca, i limiti del diritto al rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale.

L'art. 28 comma 2 ter per rendere quindi gli strumenti di capitale delle cooperative in astratto computabili nel CET1, ha riconosciuto il potere di limitazione del rimborso, conseguente alla cessazione del rapporto, in senso conforme alle condizioni poste dall'art 29 CRR e dal reg. del. n. 241/2014. Nel momento in cui si verifichi in concreto la cessazione del rapporto assumono poi rilievo anche gli articoli 77 e 78 CRR che dettano le condizioni e le modalità per la riduzione dei fondi propri.

Sul punto però bisogna precisare che mentre la previsione di cui all'art.28 comma 2 ter TUB, essendo richiesta la perpetuità per far rientrare gli strumenti di capitale nel CET1, ammette la limitazione e non il rifiuto del diritto al rimborso conseguente al recesso invece l'art. 29 al paragrafo 2 (CRR) prevede, per le banche cooperative, la possibilità o di rifiutare il rimborso degli strumenti di CET1 o altrimenti di limitarne il rimborso. Alla luce di quanto predetto due domande sorgono spontanee:

-perché il legislatore all'art. 28 del tub parla di limitazione mentre il CRR prevede all'art.29 l'alternativa tra rifiuto e limitazione ?

-ma soprattutto perché un regolamento ha avuto bisogno del recepimento da parte della normativa interna, se lo stesso per definizione è direttamente applicabile a differenza delle normali direttive ?

---

delegato UE 241/2014 del 7 gennaio 2014, riguardante le norme tecniche di regolamentazione sui requisiti di fondi propri per gli enti, si devono affiancare anche le previsioni riguardanti il bail in, disciplinato dalla direttiva 59/2014/UE, che nell'ambito del Single Resolution System e con l'obiettivo di salvaguardare la stabilità del sistema finanziario europeo, si è anche prefissato di ridurre al minimo l'impatto della crisi sui depositanti e, soprattutto, sui contribuenti.

<sup>308</sup> In tal senso F.SALERNO, *una decisione in tema di limitazione del diritto di rimborso delle azioni di banche popolari*, in Giurisprudenza commerciale, fasc.4, 2017,

Prima di rispondere a tali quesiti si devono svolgere delle considerazioni preliminari, infatti in primis il c.d. CRR (Regolamento UE 575/2013) ha richiesto per l'attuazione della previsione di cui all'art.29 paragrafo 2 l'intervento di altra fonte, infatti alla luce del combinato disposto tra gli artt. 29 paragrafo 6 e 78 paragrafo 5 è stato delegato alla Commissione il potere di adottare, previa proposta Abe, le norme tecniche sui limiti del rimborso ai sensi dell'art. 29 paragrafo 2 e 78 paragrafo 3. Il regolamento CRR era troppo generico<sup>309</sup> lasciando eccessivi margini di discrezionalità rispetto alla sua concreta attuazione e quindi anche allo scopo di evitare la neutralizzazione delle finalità di armonizzazione dell'intervento<sup>310</sup>, si è adottato, il 7 gennaio 2014, il Regolamento n. 241/14 che agli articoli 10 e 11 detta la disciplina dei limiti al rimborso.

Il Regolamento Delegato ha quindi specificato la previsione di cui all'art. 29 paragrafo 6<sup>311</sup> cioè la natura delle limitazioni del rimborso che si rendono

---

<sup>309</sup> Gli articoli 77 e 78 del Regolamento 575/2013 dispongono le condizioni per la riduzione dei fondi propri e per la relativa autorizzazione dell'Autorità. Dal combinato disposto tra gli articoli 77 e 78 CRR (73), si ricava quindi che l'autorità competente possa autorizzare un ente a riacquistare o a rimborsare gli strumenti di capitale solo:

- ove l'ente sostituisca gli strumenti da riacquistare o rimborsare (ex art.77) con strumenti di fondi propri di qualità uguale o superiore ed a condizioni sostenibili per la capacità di reddito dell'ente;
- o se dimostri all'autorità competente, che i suoi fondi, in seguito all'intervento in questione, superino comunque i requisiti legali (di cui all'articolo 92, paragrafo 1, del regolamento CRR) ed i requisiti aggiuntivi rimessi alla discrezionalità dell'autorità nazionale (l'articolo 128, punto 6, della direttiva 2013/36/UE impone infatti riserve disponibili idonee a soddisfare i requisiti aggiuntivi imponibili dall'autorità competente ex art. 104, paragrafo 3, della direttiva (CRD-IV) 2013/36/UE).

Il terzo paragrafo dell'art.78 si connette con l'art.29 che disciplina gli strumenti di capitale emessi da società mutue e cooperative. In tali casi gli strumenti emessi sono ritenuti di classe 1 (CET1) soltanto se le condizioni di cui all'art.28 sono soddisfatte anche dalle modifiche derivanti dall'applicazione del presente articolo. Qui il rimborso degli strumenti di capitale è connesso a certi limiti: a) l'ente può rifiutare il rimborso degli strumenti, ad eccezione dei casi di divieto imposto dalla normativa nazionale applicabile; 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; c) il rifiuto di rimborsare gli strumenti o, se del caso, la limitazione del rimborso degli strumenti non possono costituire un caso di default da parte dell'ente

Tali regole sono state specificate nel regolamento n. 241/2014, che integra il CRR. Lo stesso ha infatti puntualizzato gli artt. 29, par. 2, lett. b) e 78, par. 3, del regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR), prevedendo all'art. 10 che l'ente nel rinviare il rimborso o nel limitarlo *senza limiti temporali*, esercita tali facoltà sulla base della situazione prudenziale, tenendo in considerazione in particolare, ma non esclusivamente, la situazione complessiva dell'ente in termini finanziari, di liquidità e di solvibilità, e dei requisiti prudenziali di cui all'art. 78 CRR.

L'art. 11 conferma poi che i limiti al rimborso inclusi nelle disposizioni contrattuali o di legge che regolano gli strumenti non impediscono all'*autorità competente* di *limitare ulteriormente il rimborso* degli strumenti su una base appropriata, mirando sempre alla tutela dei requisiti di patrimonializzazione fissati dall'art. 78 CRR.

<sup>310</sup> In alcuni paesi come l'Italia i vincoli al rimborso in caso di diminuzione del CET1 sotto la soglia di cui all'art.28 del Regolamento non potevano trovare applicazione poiché la legge non legittimava tale soluzione per l'istituto di credito e né tantomeno attribuiva alla Banca d'Italia alcun potere di tal specie.

<sup>311</sup> "L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare la natura delle limitazioni del rimborso che si rendono necessarie quando la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti di fondi propri".

necessarie quando la normativa nazionale applicabile vieta all'ente di rifiutare il rimborso degli strumenti di fondi propri<sup>312</sup>.

L'art 10 e 11 del Regolamento Delegato non hanno conferito però direttamente un potere di limitazione, i paragrafi 2 e 3 devono essere letti in combinato disposto con gli artt. 29, paragrafo 2, lettera b) e 78, paragrafo 3 del reg. CRR.

Alla luce di tale ragionamento, il potere dell'ente di limitare (ovvero di rifiutare il rimborso) deve necessariamente derivare dalla modificazione dello statuto e dalla legge nazionale, che è stato poi disciplinato secondo le modalità imposte dall'art.11 del Regolamento Delegato.

L'art.11 ha infatti da un lato riconosciuto alla Banca d'Italia il potere di imporre all'ente di modificare lo statuto in modo da conformarsi alla disciplina comunitaria, dall'altro ha imposto al legislatore dello Stato membro di conformare la legge interna all'art.10 del Regolamento Delegato.

Questa ricostruzione<sup>313</sup> potrebbe sembrare incoerente rispetto al principio della diretta applicabilità dei regolamenti comunitari, tuttavia questa incoerenza non è che apparente alla luce della dimensione sostanzialistica cui l'ordinamento aderisce. L'impostazione ordinamentale europea guardando alla sostanza più che alla forma degli atti, riconosce infatti che non tutti gli atti formalmente regolamentari abbiano una efficacia diretta in concreto potendo richiedere comunque l'intervento di ulteriori atti legislativi per essere praticamente efficaci. Questo ragionamento potrebbe quindi articolarsi anche solo per singole parti dei regolamenti che non avendo una efficacia diretta richiedono ulteriori atti legislativi di attuazione.

Questa premessa si attaglierebbe in modo perfetto ai regolamenti di cui sopra e per questa ragione si è affermato che il potere dell'ente di limitare o rifiutare il rimborso, ha avuto bisogno della intermediazione dalla modificazione dello statuto e dalla legge nazionale<sup>314</sup>.

E' stato proprio in tale ottica che l'art. 28 comma 2 *ter* TUB, ha rinvio alla disciplina della Banca d'Italia, che ha imposto l'inserimento di una clausola nello statuto delle banche popolari per regolare le limitazioni al diritto di recesso, adempiendo le disposizioni previste dai regolamenti europei.

Dopo questa breve ma essenziale ricostruzione del complesso quadro normativo, risultano abbastanza evidenti le ragioni che hanno spinto parte della dottrina a negare fondatezza teorica alla tesi del Consiglio di Stato secondo cui vi sarebbe la violazione del principio del minimo mezzo. Si è infatti evidenziato come la previsione contenuta nell'art. 28 comma 2 *ter* T.U.B. introdotta dal d.l. 3/2015 prevedendo la possibilità di limitazione del rimborso *“secondo quanto previsto dalla banca d'Italia laddove ciò sia necessario ad assicurare la*

---

<sup>312</sup> In tal senso G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e “principio” del bail-in*, in Rivista delle società, 2017, n.1, p.20 ove si ribadisce infatti come nella sostanza il fondamento diretto delle previsioni del tub e della Banca d'Italia siano da rinvenire non nel CRD IV, come aveva inizialmente suggerito parte della dottrina, ma nel CRR e nel reg.241/2014.

<sup>313</sup> L.CAROTENUTO, *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub*, (in corso di pubblicazione).

<sup>314</sup> L.CAROTENUTO *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub* (in corso di pubblicazione).

*computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca*”, esprima la scelta del legislatore per il minimo mezzo.

Il legislatore interno trovandosi cioè davanti alla duplice opzione cioè alla possibilità di imporre un divieto o una limitazione del rimborso, in virtù della previsione contenuta nell’art.29 CRR, ha preferito optare per la limitazione in ossequio al principio del minimo mezzo.

Ha poi disciplinato la limitazione del rimborso in modo coerente alle previsioni contenute nel Regolamento 241/14, senza quindi prevedere la possibilità di differimento solo temporaneo e la corrisponsione di interessi compensativi.

Sarebbe quindi scorretta la tesi del Consiglio di Stato nella parte in cui richiede, per la legittimità della limitazione, la temporaneità e l’indennizzo attraverso interessi compensativi, in quanto una simile previsione sarebbe violativa dell’art. 10 commi 2 e 3 nonché dell’art. 11 del Reg. 241/14<sup>315</sup>. Tali norme sono infatti considerate come norme UE imperative e come tali desinate a prevalere rispetto al diritto nazionale, in tale ottica la previsione contenuta nell’art. 28 del T.u.b. non dovrebbe essere letta, alla luce dell’interpretazione fornita dai Giudici di Palazzo Spada, come una forma di attribuzione di poteri di delegificazione alla Banca d’Italia ma come declinazione interna di un’esigenza, di matrice unionale, di armonizzazione della normazione degli Stati europei.

L’idoneità a derogare la disciplina societaria, sarebbe quindi da imputarsi alla disciplina europea, in virtù del principio di primazia del diritto unionale<sup>316</sup>.

La previsione di cui all’art. 28, comma 2-ter, T.U.B. è infatti un recepimento del CRR e del regolamento n.241/2014 e solo in via indiretta della CRD IV. Questa premessa assume particolare pregnanza ove si consideri che questa disciplina bancaria dell’Unione sia volta ad assicurare che una volta rimborsati i soci con i fondi dell’ente si permanga nei parametri forniti dal CRR.

La previsione delle limitazioni al rimborso risponde quindi all’esigenza di adeguarsi alla disciplina dell’unione la quale impone affinché gli strumenti di capitale siano configurati di CET 1<sup>317</sup>, che la normativa dia la possibilità di limitare il rimborso, ove ciò sia necessaria ad assicurare il rispetto di requisiti di tipo prudenziale. Tale limitazione in concreto poi potrà riguardare non solo tali strumenti in quanto potranno essere poi disposti anche buffer aggiuntivi dall’autorità.

In tal modo si garantisce che l’ente potrà detenere, in modo continuativo, una certa parte del patrimonio classificabile come di qualità primaria e tale limitazione consente cioè di marginalizzare il pericolo che la banca rischi di addivenire ad

---

<sup>315</sup> L’art. 10 riconosce alla banca il potere di rinviare il rimborso o di limitare l’importo rimborsabile per un periodo illimitato e sulla base della sua situazione prudenziale. L’art. 11 prevede poi che l’autorità competente possa “ limitare ulteriormente il rimborso degli strumenti su una base appropriata come previsto all’articolo 78 del regolamento (UE) n. 575/2013”.

<sup>316</sup> Si riconosce ormai l’esistenza di uno speciale diritto delle imprese bancarie “ *così incisivamente derogatori rispetto al regime comune, da costituire un sistema disciplinare autonomo, fonte di regole e principi generali, dal cui stesso bacino attingere criteri ed elementi per la regolazione di eventuali lacune*”. Così M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d’insieme*, in L’Unione bancaria europea a cura di M.P.Chiti-V.Santoro, Pisa, 2016, p.372.

<sup>317</sup> C.FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013, p.11

uno stato d'insolvenza. Per tale ragione non è condivisibile la tesi dell'assimilazione al bail-in il quale invece come logica non si pone nell'ottica preventiva ma rimediale ad uno stato di insolvenza già manifestatosi<sup>318</sup>.

La logica della norma è quindi quella di consentire una limitazione del rimborso nei casi e all'entità strettamente necessaria per assicurare rispetto dei livelli di patrimonializzazione imposti dalla disciplina bancaria. La normativa bancaria del recesso del socio<sup>319</sup> delle banche cooperative rinviene quindi la sua ratio nella necessità di neutralizzare gli effetti negativi sulla stabilità e patrimonializzazione dell'intermediario connessi al principio della porta aperta (anche in uscita) e della variabilità del capitale<sup>320</sup>.

Fatta questa ulteriore precisazione è però opportuno premettere che una similare esigenza sia, almeno in parte, assecondata anche dalla disciplina comune del settore della cooperazione, ove si riconosce un certo rilievo all'interesse alla stabilità anche patrimoniale dell'ente pur se ciò, per certi versi, si potrebbe porre in parziale attrito con le logiche sottese al principio di variabilità del capitale ed allo scopo mutualistico.

Il legislatore, come acutamente osservato in dottrina<sup>321</sup>, ha infatti previsto alcune norme che sposano questa logica, si pensi all' art.2532 cc. che al comma 3 impone affinché il recesso produca effetti l'accettazione da parte degli amministratori, i quali debbono valutare l'esistenza dei presupposti legittimanti l'esercizio dello stesso<sup>322</sup>, ancora rilevante risulta poi l'art 2535 c.3, che consente la rateizzazione in 5 anni del pagamento della quota liquidata<sup>323</sup>.

Si consideri però che tale disciplina non è neanche lontanamente paragonabile quanto a contenuto e ad effetti, alla previsione della legislazione speciale in tema di banche cooperative, del resto è considerazione pacifica che il potenziale effetto conformativo della proprietà, imposto e riconosciuto dalla normativa bancaria unionale (art. 29 CRR ed artt. 10 ed 11 reg.241/2014 ), non si sarebbe potuto certamente produrre attraverso gli strumenti attribuiti dal diritto comune.

L'esigenza di tutela della stabilità dell'ente di matrice pubblicistica e non meramente privatistica, giustifica infatti una disciplina dal contenuto difforme per le banche cooperative rispetto a quella delle altre società cooperative sottoposta alla disciplina comune del codice civile. L'effetto di conformazione della sfera giuridica del socio rispetto all'interesse sistemico (non meramente riducibile a

---

<sup>318</sup> E.RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Giappichelli, 2017, p.193.

<sup>319</sup> F.FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2015, III, p.434.

<sup>320</sup> A.URBANI, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari*, a cura di F.Capriglione, Padova, 2015, p.254.

<sup>321</sup> G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" del bail-in*, in *Rivista delle società*, 2017, n.1.

<sup>322</sup> M.SARNO, *Commento all'art.2532 c.c.*, in *Commentario impresa e società a cura di G.FAUCEGLIA*, 2017, p.1065 e ss. ove si afferma che l'efficacia differita del recesso, la quale può essere statutariamente modulata, è funzionale ad evitare difficoltà finanziarie alla cooperativa nell'immediatezza del recesso.

<sup>323</sup> G.RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Trattato Buonocore*, IV, 9, Torino, 2006, p.170, ove si riconosce alla misura come teleologicamente orientata a salvaguardare l'interesse della società e ad incentivare la finalità mutualistica.

quello della società), non si sarebbe quindi potuto produrre attraverso i normali strumenti privatistici, inidonei già dal punto di vista teleologico a realizzare una simile subordinazione.

Lo strumento privatistico che subordina il recesso all'accertamento dei presupposti da parte degli amministratori (ex art.2532 c.3) infatti ha un duplice fine, da un lato quello di neutralizzare, già al momento genetico, recessi in carenza delle condizioni statutarie, dall'altro in caso di recessi legali prevenire difficoltà finanziarie per la società, attraverso uno sfasamento temporale tra recesso ed efficacia dello stesso.

Pur volendo poi riconoscere un margine di discrezionalità agli amministratori nell'attività di accertamento dell'esistenza dei presupposti, e quindi una dimensione valutativa di compatibilità tra interesse del socio e quello della società lo strumento privatistico non sarebbe stato idoneo, benché teleologicamente finalizzato al mero contemperamento di interessi tra socio e società, in un'ottica di meri rapporti inter-privati<sup>324</sup> e non certamente sistemici.

L'art. 28, comma 2-ter, T.U.B., in ossequio all'impostazione europea è infatti volto ad assicurare che, ove sia necessario, l'esigenza di stabilità dell'ente possa tradursi nella conformazione del diritto del privato e nella conseguente prevalenza del relativo interesse di sistema. Tale interesse sistemico alla stabilità, difficilmente potrebbe essere adeguatamente garantito, se la sua realizzazione fosse rimessa all'autonomia statutaria ed alle relative indeterminatezze applicative derivanti anche dalle oscillazioni giurisprudenziali.

A ciò si aggiunga che la disciplina comune delle cooperative riconoscendo la possibilità di recesso anche per inadempimenti dei rapporti mutualistici, testimonia l'incompatibilità del dato normativo, vista la sua eterogeneità, con l'esigenza di stabilità, la quale potrebbe quindi essere intaccata anche per problematiche non legate in senso stretto al rapporto sociale<sup>325</sup>.

Ma è forse in tale ottica che allora potrebbe trovare giustificazione la previsione di cui all'art. 28, comma 2-ter, T.U.B., che consente la predisposizione di limitazioni nel rimborso delle azioni anche in deroga a norme di legge. Si potrebbe infatti sostenere che la nuova disciplina del T.U.B., non faccia altro che tentare di superare gli ostacoli che nella previgente disciplina si frapponevano alla tutela della stabilità. L'autorità di vigilanza era infatti già nelle condizioni di conformare<sup>326</sup> gli statuti delle banche all'interesse pubblico all'adeguatezza

---

<sup>324</sup> La tesi infatti probabilmente più coerente con la lettera della norma, rinviene nell'accertamento una funzione di mera verifica dei presupposti e cioè di rispondenza tra motivi addotti con il recesso e la cause legali o statutarie che lo legittimano (V.GIORGI, Sub art.2532, in comm. Presti, Milano, 2007, p.274; L.F.PAOLUCCI, codice delle cooperative, Milano, 2007, p.94). Vi è tuttavia un filone giurisprudenziale (cfr. Cass.n.5126/2001) e dottrinale (M.CALLEGARI, Sub Art. 2532, in Il nuovo diritto societario, diretto da G. Cottino - G. Bonfante - O. Cagnasso - P. Montalenti, III, Bologna, 2004, 2529) secondo cui il potere degli amministratori sarebbe discrezionale, in quanto l'accertamento è volto alla verifica della compatibilità tra interesse individuale del socio e quello prevalente della società.

<sup>325</sup> G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" del bail-in*, in Rivista delle società, 2017, n.1,

<sup>326</sup> G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" del bail-in*, in Rivista delle società, 2017, n.1, ove si afferma che "l'autorità di vigilanza bancaria già potesse, con riguardo alle cause di recesso diverse da quelle imperative, disporre di un potere conformativo degli statuti

*patrimoniale*, in virtù del criterio della sana e prudente gestione, ma ciò ovviamente trovava il limite invalicabile delle ipotesi di recesso non derogabili dall'autonomia statutaria. La previsione della derogabilità delle norme di legge ha consentito quindi di superare questo ostacolo.

Ma se questo è vero, ci si pone allora una domanda: perché la disciplina dell'art.28, comma 2-ter, T.U.B., detta una previsione che trova applicazione solo per le banche cooperative e non per le banche spa ?

Si pone quindi la necessità di comprendere le ragioni e la portata di tale differenziazione di trattamento.

Probabilmente tale differenziazione di trattamento è più presunta che reale, si è infatti acutamente osservato che anche per le banche spa potrebbe trovare applicazione una limitazione analoga a quella testè citata ed operante per le banche cooperative, non in virtù della specifica previsione di cui all'art. 28 comma 2 ter del tub (e quindi dell'art. 29 CRR e reg. del. n. 241/2014) ma alla luce della disciplina dei fondi propri contenuta negli artt. 77 e 78 del CRR.

Diversamente opinando infatti si finirebbe per porre la disciplina nazionale in insanabile contrasto con quella contenuta nel CRR, rendendo quindi fondato il pericolo di incomputabilità delle azioni nel CET 1, a poco rilevando la valutazione circa l'effetto da riconoscere alla dichiarazione di recesso, se cioè dalla stessa si produca o meno sic et simpliciter la trasmutazione genetica da socio a creditore<sup>327</sup>. Riconoscere al socio di una spa bancaria il potere di ottenere il rimborso del valore delle azioni, nelle ipotesi in cui la legge attribuisce un diritto inderogabile al disinvestimento, finirebbe per rendere le azioni non computabili nel CET1. La CRR segue infatti la logica secondo cui all'ente non può essere imposto di pagare ai titolari degli strumenti il loro valore se non nell'ambito di operazioni "discrezionali" di acquisto o di rimborso degli stessi a seguito della riduzione del loro ammontare complessivo<sup>328</sup>.

---

*delle società bancarie (al limite) di tipo negativo, volto cioè a richiedere, in nome della sana e prudente gestione (artt. 14 e 56 T.U.B.) un sacrificio (nei termini di non esercizio) dell'autonomia statutaria invece riconosciuta dal diritto societario comune*".

<sup>327</sup> In dottrina e giurisprudenza vi è una certa incertezza (anche a causa della laconicità dell'art.2437 bis) nell'individuazione precisa del momento in cui il recesso produca la mutazione della posizione da socio a creditore. Secondo una prima tesi l'efficacia del recesso è immediata, producendosi la trasformazione da socio a creditore già al momento in cui il socio comunica alla società il recesso (Trib. Napoli, 14-01-2011, in Società, 2011, 351).

Altra tesi invece reputa che la trasmutazione in commento si produca successivamente cioè dopo la scadenza dei 90 giorni previsti per la revoca della delibera che legittimi il recesso ovvero per deliberare lo scioglimento (DI CATALDO, in *Liber amicorum G.F.Campobasso*, III, 252 e ss.).

Infine la tesi prevalente afferma che la mutazione si produca solo al momento di conclusione del procedimento di liquidazione cioè al momento del rimborso (G.F.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale: vol.2 diritto delle società*, ottava edizione, pag.511).

E' ovvio che ove si accolga la soluzione (minoritaria) della immediata trasmutazione della posizione soggettiva del socio al momento della dichiarazione di recesso, allora la delicata questione della computabilità nel Cet 1 finirebbe per complicarsi, ponendosi non tanto la questione a valle della limitazione del rimborso ma a monte il problema della nascita dell'obbligazione pecuniaria (cui corrisponde il diritto di credito del ex socio) che renderebbe già di per non più computabile il valore corrispondente alla partecipazione per cui si recede nel CET1. Il venir meno della qualifica di socio porrebbe cioè il diritto di credito (probabilmente) al di là del limite tracciato dalla disciplina bancaria.

<sup>328</sup> C.FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013, p.178.

Seppur infatti l'esigenza di conformazione dell'interesse individuale del socio all'interesse pubblicistico alla stabilità sia estremamente più pregnante nelle banche cooperative per evidenti ragioni strutturali legate alla duplice constatazione per cui, da un lato il diritto al disinvestimento sia inscindibilmente connesso alla variabilità del capitale ed al principio della porta aperta, dall'altro vi sia una maggior tendenza alla stabilità dell'investimento nelle società per azioni<sup>329</sup>, non si potrebbe per ciò solo ritenersi escluso un pericolo di neutralizzazione delle tensioni pubblicistiche alla stabilità.

Pur difettando quindi una normativa interna che per le spa detti una regola dal contenuto analogo a quello previsto per le cooperative, non si può articolare un ragionamento in termini meramente strutturali per rispondere al quesito dapprima posto circa le ragioni e la portata del trattamento differenziale.

Del resto se è vero che la previsione del potere di limitazione risponde ad una logica legata alla struttura delle cooperative bancarie e quindi alla esigenza di poter rendere perpetui e stabili i fondi, in modo da poterli così computare nel patrimonio di qualità primaria, non si può però sottacere al fatto che tale previsione non sia fine a se stessa ma intrinsecamente connessa alla disciplina del rimborso dei fondi proprio di cui agli artt. 77 e 78 CRR, la quale opera indipendentemente dal modello societario prescelto.

Il recesso del diritto comune trova quindi nella normativa di matrice amministrativa, legata all'interesse pubblico alla stabilità dell'intermediario, un potenziale ostacolo al riconoscimento del diritto al rimborso ove questo non sia coerente con le esigenze sottese alla disciplina della riduzione dei fondi propri contenuta nel CRR, la quale infatti subordina il rimborso o il riacquisto degli strumenti al rilascio dell'autorizzazione della competente autorità ex art.77 ed alle condizioni di cui all'art.78.

Alla luce di quanto predetto si potrebbe quindi affermare che anche in caso di recesso da una banca spa, in modo equiparabile a quanto disposto dal tub per le banche cooperative, potrebbe essere limitato il rimborso per assicurare l'adeguata patrimonializzazione dell'istituto<sup>330</sup>.

Come ampiamente ribadito infatti le ragioni sottese alla previsione di cui all'art.28 comma 2 ter, T.U.B., sono da rinvenirsi nell'art. 29 CRR e nelle sue subesplicazioni contenute nel reg. 241/2014 agli articoli 10 ed 11, i quali, letti in combinato disposto, hanno l'unitario intento di neutralizzare (rectius prevenire) i rischi per la stabilità dell'intermediario. Il rimborso occasionato dal recesso viene infatti ad essere condizionato al rispetto dei requisiti patrimoniali imposti dalla CRR ed operanti indipendentemente dal modello societario optato.

Quanto predetto risulta confermato dall'accordo di Basilea 3, ove si è sposata la tesi della piena equivalenza tra gli strumenti di CET 1 delle cooperative e delle spa bancarie. Se ne deduce quindi che il legislatore europeo abbia recepito tale suggestione e per tal motivo pare quindi non sostenibile la tesi della impraticabilità della limitazione per le spa in assenza di norma analoga a quella dettata per le cooperative dall'art. 28 del T.U.B.

---

<sup>329</sup> G.B.PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Rivista delle società*, 1991.

<sup>330</sup> In tal senso M.LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, in *Riv. dir.soc.*, 2016, p.266.



Fatta questa ricostruzione si pone quindi l'esigenza di valutare se effettivamente la limitazione del rimborso (che non attiene al diritto al recesso che non viene limitato) possa configurare una espropriazione larvata (cioè di valore) lesiva dell'art. 42 cost. o se invece sia possibile ricostruirla in termini di mero potere conformativo della proprietà.

Le diverse soluzioni prospettate nel precedente paragrafo dimostrano l'esistenza di almeno una triplice opzione interpretativa idonea a scongiurare il rischio di profili di illegittimità costituzionale.

Una prima impostazione<sup>331</sup>, probabilmente preferibile, è quella di considerare come conforme a costituzione la previsione di cui al 28 del tub per due ragioni preminenti.

In primo luogo la limitazione del rimborso ricalca in modo coerente le previsioni contenute nel Regolamento 241/14, che non si riducono a riconoscere solo la possibilità di differimento meramente temporaneo o a prevedere la corresponsione di interessi compensativi, una simile previsione sarebbe infatti violativa dell'art. 10 paragrafi 2 e 3 nonché dell'art. 11 del Reg. 241/14<sup>332</sup>. In secondo luogo tali norme sono considerate come norme UE imperative e come tali destinate a prevalere rispetto al diritto nazionale, dovendosi presumere la loro validità almeno fino a che non siano dichiarate invalide dalla Corte di Giustizia<sup>333</sup> rimanendo fino a quel momento pienamente efficaci<sup>334</sup>. A quanto detto si aggiunga poi che le normative europee si presumono conformi anche alla Carta di Nizza, che assicura una tutela del diritto di proprietà "in termini largamente sovrapponibili a quelli riconosciuti dalla Carta costituzionale italiana e dalla CEDU". Sulla base di tale premessa ne deriverebbe che in quanto il diritto di limitare il rimborso è ritenuto, dal legislatore europeo, conforme alla carta dei diritti fondamentali, se ne presumerebbe anche la conformità alla Carta Costituzionale italiana e alla CEDU. Tale tesi nega infatti la presenza di margini per poter invocare un sindacato diretto sulla disciplina europea in base alla tesi dei c.d. contro-limiti costituzionali, che richiederebbe l'incompatibilità con i valori costituzionali nazionali preminenti, non solo della disciplina europea ma anche della Carta dei diritti fondamentali (Nizza) a cui la disciplina normativa europea risulta conforme.

Altra impostazione<sup>335</sup> forse sostenibile, anche se non del tutto condivisibile<sup>336</sup>, è quella di negare che dalla normativa possano derivare forme ablatorie sulla base

---

<sup>331</sup> M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte costituzionale Nota a C. Cost. 21 dicembre 2016, n. 287; ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n.5277*, in *Le Società*, 2017, fasc. 2, p.156-162.

<sup>332</sup> L'art. 10 riconosce alla banca il potere di rinviare il rimborso o di limitare l'importo rimborsabile per un periodo illimitato e sulla base della sua situazione prudenziale. L'art. 11 prevede poi che l'autorità competente possa " limitare ulteriormente il rimborso degli strumenti su una base appropriata come previsto all'articolo 78 del regolamento (UE) n. 575/2013".

<sup>333</sup> Corte di Giustizia UE 6 ottobre 2015, in causa C-362/14, Schrems, par. 61; Corte di Giustizia UE 22 giugno 2010, in cause riunite C- 188/10 e C-189/10, Melki and Abdeli, par. 54.

<sup>334</sup> Corte di Giustizia UE 13 Febbraio 1979, in causa C-101/78, Granaria, parr. 4-5; Corte di Giustizia UE 7 giugno 1988, in causa C-63/87, Commissione c Grecia, par. 10; Corte di Giustizia UE 5 ottobre 2004, in causa C- 475/01, Commissione c Grecia, par. 18.

<sup>335</sup> L.CAROTENUTO, *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub* (in corso di pubblicazione).

<sup>336</sup> Tale tesi seppur in un'ottica meramente commercialistica sarebbe da condividere pienamente, la stessa però non considera come la limitazione del rimborso risponda in realtà ad esigenze sistemiche. Come precedentemente argomentato il diritto delle società bancarie richiede il

della considerazione che le limitazioni al rimborso disposte dal Regolamento Delegato non possano avere una efficacia diretta fintanto che queste non siano state inserite nello statuto attraverso modifiche. Non vi sarebbero quindi margini per poter ritenere violato il contenuto minimo del diritto di proprietà attraverso forme ablatorie larvate, al socio spetterebbe infatti il diritto di recesso, alla luce della previsione di cui all'art.2437 c.c., ed al conseguente rimborso indipendentemente dalla rispetto della soglia del capitale di classe 1, solo ove il socio decidesse di non esercitare questo diritto si troverebbe eventualmente esposto a tale forme di limitazione, ma ciò sarebbe coerente con il dettato costituzionale in quanto conseguenti ad una sua ponderata scelta o meglio accettazione della modifica del contratto sociale.

Ove ciò non fosse comunque ritenuto sufficiente ai fini della valutazione di conformità alla Costituzione, la Corte potrebbe poi optare per una interpretazione costituzionalmente orientata di quelle previsioni regolamentari europee e della normativa interna di applicazione.

Questa terza impostazione<sup>337</sup> infatti rilegge la disciplina di cui all'art. 28 comma 2 ter, in senso conforme all'art. 42 della Costituzione, imponendo una mera conformazione della proprietà privata alla funzione sociale.

In tale ottica questa disciplina potrebbe essere interpretata come l'attribuzione agli organi sociali del potere di conformare la partecipazione dei soci dissenzienti all'interesse alla conservazione della stabilità patrimoniale della banca. *“La disciplina in esame, in altre parole, instaura e risolve un conflitto “orizzontale” tra gli interessi dei diversi partecipanti all'impresa bancaria (soci recedenti, altri soci, creditori, depositanti), e non invece quel peculiare conflitto “verticale” tra Stato e privato alla cui composizione si volge il precetto del terzo comma dell'art. 42 Cost.”.*

Pur essendo condivisibile la tesi della natura meramente conformativa, ritengo tuttavia non del tutto corretta quest'ultima argomentazione, non è sempre vero che in ipotesi espropriative il conflitto si instauri sempre a livello “verticale” tra Stato e “privato”, infatti come chiaramente indicato nel D.P.R. n. 327/2001 cioè nel Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, il beneficiario della espropriazione può anche essere un soggetto privato<sup>338</sup> per realizzare

---

rispetto di interessi sistemici non compresenti per le normali intraprese private. Questa lettura permetterebbe solo un aggiramento del limite ma ciò determinerebbe una sicura violazione dello scopo della previsione di ispirazione unionale e quindi del diritto bancario dell'UE. Risulta evidente come il diritto delle società bancarie abbia caratteri tali da assumere una sua autonomia rispetto alla disciplina meramente commercialistica (sul punto si veda M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in L'Unione bancaria europea a cura di M.P.Chiti-V.Santoro, Pisa, 2016, p.372). Ad onore del vero bisogna comunque ricordare che il CRR fa sì che qualora il titolo non abbia il contenuto richiesto dalla normativa, anche se ciò sia imputabile alla normativa interna non si determina un conflitto tra fonti e conseguente disapplicazione della norma interna, bensì solo il divieto di conteggiare lo strumento nel CET 1.

<sup>337</sup> M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016) Nota a ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 1, pp. 230-250; G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 1, p. 1-99.

<sup>338</sup> Il beneficiario è il soggetto, pubblico o privato, in cui favore viene emesso il decreto di esproprio. Si tratta del soggetto che acquisisce il diritto ablativo, che entra quindi a far parte del

opere private di pubblica utilità (cfr. artt. 1 c.1 e 36 c.1). Eppure vero che il D.P.R. n. 327/2001 non contiene una disciplina generale sulla espropriazione, ma solo una normativa organica relativa alla espropriazione urbanistica, esulando quindi la stessa dal dettare anche una disciplina delle espropriazioni mobiliari, ma credo comunque che il confronto sia utile per smorzare la lapidarietà di una simile affermazione. Non ritengo sia dunque questa la ragione per la quale il potere limitativo sia configurabile come meramente conformativo e non espropriativo. Il 42 della Costituzione dando copertura costituzionale alle previsioni del legislatore contenute nel d.p.r. 327/2001, testimonia come la Costituzione non abbia limitato l'ambito di operatività dell'art.42 comma 3 ai soli conflitti verticali. Questo non vuol però significare smentire la validità della impostazione secondo cui l'art. 28, comma 2-ter, T.U.B. sia espressione di un potere di conformazione del contenuto del diritto soggettivo del privato allo scopo "di assicurarne la funzione sociale" in virtù della previsione contenuta nell'art. 42 secondo comma cost.

Ben più fondate sembrano invece essere le ulteriori affermazioni prodotte da questo orientamento teorico, il quale per poter ritenere legittima la previsione di cui all'art 28 comma 2 ter, ha ritenuto necessario, "*in ossequio ai principi elaborati sia dalla Corte Costituzionale sul bilanciamento dei diritti sia dalle Corti europee sul rispetto del diritto di proprietà*", vagliare se la normativa abbia imposto un sacrificio agli interessi dei soci di minoranza "ragionevole", se la stessa abbia inciso sul "*contenuto minimo*" della proprietà e se siano presenti "*idonei mezzi di reazione per il caso di esercizio abusivo del potere decisionale della società*"<sup>339</sup>.

Quanto al profilo della ragionevolezza<sup>340</sup> della differenziazione di trattamento in occasione di recesso, tra i soci di spa e quelli di banche popolari, lo stesso sarebbe da rinvenire nella diretta derivazione comunitaria della previsione, volta a realizzare una armonizzazione tra le previsioni normative degli stati aderenti alla Unione Europea.

Quanto alle potenzialità espropriative della disciplina, si è sul punto richiamata la giurisprudenza della Corte EDU che ha ampliato il concetto di proprietà, facendo assumere all'istituto una portata ed significato autonomo rispetto a quello riconosciuto dagli ordinamenti giuridici interi. La Corte EDU ha quindi esteso la portata della nozione di bene di cui all'articolo 1 del Protocollo n. 1, non più al solo concetto di beni corporale ma anche ad altri diritti e interessi aventi valore

---

suo patrimonio. Questo è il soggetto che si arricchisce per effetto del trasferimento del bene immobile conseguente dall'esercizio del potere ablativo. Il beneficiario non deve essere necessariamente un soggetto pubblico, ben potendo essere anche un privato, purché l'attribuzione di tale qualifica sia funzionale al perseguimento dell'interesse generale dato dalla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità ovvero dall'asservimento del bene ablativo all'utilizzo da parte della collettività. Il primo comma dell'articolo 1 del Testo Unico, infatti, chiarisce che sono possibili anche espropriazioni per pubblica utilità a favore di soggetti privati. Questi ultimi possono essere soggetti solo formalmente privati, come accade con i concessionari o con i promotori di project financing, oppure società cooperative private incaricate di costruire alloggi di edilizia residenziale pubblica, oppure privati chiamati a gestire beni culturali, o ancora privati interessati alla realizzazione di iniziative industriali private. La completa equiparazione di beneficiari pubblici e beneficiari privati è totale e riguarda anche l'articolazione del procedimento ablatorio e la quantificazione dell'indennità di esproprio.

<sup>339</sup> M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)* in Rivista delle società, 2017, n. 1, p. 230

<sup>340</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

patrimoniale<sup>341</sup>. Il minimo comune denominatore ai fini della qualificazione di proprietà, alla luce della interpretazione dell'art.1 del Protocollo addizionale n.1 fornita dalla Corte EDU, è infatti il "valore patrimoniale", senza che abbia rilievo la qualifica "interna" della pretesa patrimoniale in termini di proprietà, diritto reale, diritto di credito o mero interesse patrimoniale giuridicamente rilevante. In virtù di quanto prospettato la partecipazione societaria ed il diritto al rimborso della quota possono essere considerati "beni" ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n.1.

Le conseguenze di siffatta ricostruzione è la possibilità di equiparare ad un bene oggetto di proprietà, non solo della partecipazione societaria ma anche del parallelo diritto al rimborso in caso di recesso. Tale lettura renderebbe quindi tutt'altro che superflua l'analisi dell'impatto che la disciplina normativa della limitazione del recesso genera sul contenuto minimo del diritto al disinvestimento cioè sul diritto a realizzare un valore equivalente a quello della partecipazione.

Sul punto tale dottrina, anche alla luce della statuizioni giurisprudenziali, precisa che non si possa parlare:

-né di espropriazione della partecipazione del recedente ma al più del diritto ad ottenere una pronta liquidazione della stessa;

-né di misura coattivamente imposta in quanto il rischio di limitazione del rimborso è il frutto di una libera scelta del socio che si orienta al recesso;

-né di neutralizzazione piena del diritto del socio che esercita il recesso, pena la violazione dell'art. 42 comma 3 Cost., poichè nessun fine di interesse generale ( in questo caso stabilità del mercato o della sana e prudente gestione dell'impresa bancaria) può legittimare, in assenza di indennizzo, il sacrificio del diritto alla liquidazione del valore della partecipazione.

Una certa lettura delle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia potrebbe far pensare ad una effettiva espropriazione larvata per lesione del contenuto minimo della proprietà, in quanto le stesse sembrerebbero attribuire agli organi sociali della popolare sia il potere di "rinviare" *sine die* ogni diritto al recedente, sia il potere di "limitare" l'importo da rimborsare. Si imporrebbe, secondo questa dottrina, la necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata<sup>342</sup> delle disposizioni o per dirla con le parole di un maestro<sup>343</sup> una interpretazione logica, assiologica e sistematica. Interpretando la norma nel senso che sia ammissibile disporre contestualmente la limitazione ed il rinvio del rimborso, con annessa privazione per il socio recedente della disponibilità delle azioni, significherebbe privare di contenuto non solo il diritto al rimborso del valore della partecipazione ma anche il diritto di recesso in se per sé. La lettura conforme al dato costituzionale sarebbe quindi quella di ammettere il rinvio e la limitazione in

---

<sup>341</sup> B.CONFORTI, *La giurisprudenza della corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 107.

<sup>342</sup> Per approfondimenti sulla conformazione del contenuto della proprietà al fine di realizzare la funzione sociale S.RODOTÀ, Art. 42, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G.Branca, Bologna-Roma, 1982, p.69 ss.; quanto alla conformazione in senso comunitario e CEDU si veda M.LAMANDINI-D.RAMOS MUÑOZ-J.SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia ,n.79,ottobre 2015, p. 55 e ss..

<sup>343</sup> P.PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, tomo II, Terza edizione, 2006, p.433.

chiave di alternativa non cumulabile. Ma anche ciò forse non sarebbe sufficiente ad escludere la portata espropriativa della disposizione, ed è per questo che viene aggiunta una ulteriore precisazione valida sia per la limitazione che per il rinvio e cioè la restituzione delle azioni oggetto di rinvio o limitazione, in occasione del recesso.

La restituzione delle azioni sarebbe, secondo tale impostazione teorica, la soluzione in grado di neutralizzare la portata espropriativa della limitazione nella misura in cui sia accompagnata però da una nuova attribuzione di tutti i diritti partecipativi, e analogamente nel caso di rinvio la conservazione dei diritti partecipativi nell'attesa di un miglioramento della situazione patrimoniale della banca tale da consentire la liquidazione della partecipazione.

Quanto poi alla sussistenza, alla luce dell'art. 24 Cost., di strumenti idonei a garantire una tutela processuale contro eventuali abusi degli organi sociali nella predisposizione della limitazione o del rinvio, il problema è sempre quello di bilanciare tra l'esigenza del socio che recede e quelle della società ed *in species* della garanzia di un *minimum* di discrezionalità degli amministratori.

Non potendo essere accolte le tesi estreme che negano agli amministratori anche un *minimum* di discrezionalità nella limitazione del rimborso (dovendo questi limitarsi ad una applicazione meccanica dei coefficienti patrimoniali prestabiliti) o che riconoscono invece agli amministratori un insindacabile spazio di discrezionalità nella scelta della limitazione del rimborso, sul punto si ritiene necessario sposare una tesi mediana.

Gli amministratori, nello stabilire la limitazione o il rinvio non sono vincolati ad applicare la soglia di patrimonializzazione minima prevista in sede prudenziale dalle Autorità di Vigilanza, ben potendo prendere a parametro soglie di capitalizzazione più elevate, come risulta confermato dal carattere tutt'altro che rigido dei criteri indicati nelle Disposizioni di Vigilanza che riconoscono spazi di discrezionalità tecnica<sup>344</sup> agli amministratori alla luce di una sana e prudente gestione, la cui violazione legittima i recedenti far valere le proprie ragioni mediante l'impugnazione prevista dall'art. 2388, comma 4, c.c. e ad attivare comunque una pretesa risarcitoria nei confronti degli stessi amministratori ai sensi dell'art. 2395 c.c.

Quanto fin ora detto consentirebbe quindi di scongiurare il pericolo di una portata espropriativa della limitazione e del rinvio del rimborso, essendo infatti assicurata ragionevolezza dell'intervento, la non incidenza sul contenuto minimo della proprietà e la presenza di idonei mezzi di reazione all'esercizio abusivo del potere decisionale da parte degli amministratori, confermando in sintesi la portata conformativa della previsione normativa.

Tutto questo sarebbe confermato infatti dalla prassi applicativa che nel caso di recesso ove residuino azioni, perché non siano state optate dagli altri soci e non si sia riusciti a collocarle sul mercato ex 2437 quater, le stesse quindi dovrebbero essere rimborsate attraverso fondi della banca, gli amministratori hanno dimostrato forte senso pratico avvisando i soci che ove non fosse stato possibile il rimborso per esigenze di tutela dei valori patrimoniali computati nel CET1, le

---

<sup>344</sup> In tal senso anche G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in *Rivista delle società*, 2017, fasc. 1, p. 1-99.

azioni residue sarebbero state restituite ai recedenti. La limitazione non inciderebbe quindi sul rimborso ma sarebbe configurabile alla stregua di una condizione risolutiva dell'efficacia del diritto corporativo alla liquidazione derivante dal recesso.

Benché tale atteggiamento sviluppatosi nella prassi non sia stato accolto con favore da una parte della dottrina<sup>345</sup> sulla base del presupposto che non sia tecnicamente corretto ammettere una riviviscenza del rapporto sociale limitatamente alla nuova trasferibilità ai terzi per le azioni residue restituitegli, altra e forse da preferire impostazione<sup>346</sup> ha invece sposato la tesi per cui la restituzione delle azioni possa essere la soluzione in grado di neutralizzare la portata espropriativa della previsione nella misura in cui sia accompagnata però da una nuova attribuzione di tutti i diritti partecipativi. Analogamente nel caso di rinvio si dovrebbero conservare i suoi diritti partecipativi nell'attesa che la situazione patrimoniale della banca consenta di liquidare la partecipazione al soggetto. Tale lettura consentirebbe quindi di scongiurare il pericolo di una portata espropriativa della limitazione del rimborso.

In conclusione si ritiene che la Corte Costituzionale nel dichiarare infondate le questioni di legittimità, specie ove accedesse nella motivazione a queste coordinate logico giuridiche, potrebbe forse apportare una nuova conferma alla necessaria dimensione conformativa dell'interesse privato riservata alla Banca d'Italia. Si potrebbe infatti aggiungere alle tesi dottrinali sopra citate che questa potestà regolamentare così penetrare, anche nell'ottica costituzionale interna troverebbe una coerente giustificazione nell'inevitabile esigenza di riconoscere all'autorità di settore la possibilità di assicurare la sana e prudente gestione e di rimando anche il rispetto dell'art. 47 della Costituzione. Ciò sarebbe potenzialmente coerente con il nostro sistema giuridico anche senza la necessità di richiamare la tesi dell'ordinamento sezionale. Infatti nell'ottica sostanzialistica europea si potrebbero rileggere le previsioni europee, prescindendo dal nomen iuris, come mere direttive volte ad armonizzare le normative europee ed idonee a giustificare la previsione del T.u.b., il che implicitamente determinerebbe un nuovo riconoscimento alla regolazione conformativa e non meramente condizionale. A conferma di ciò si pongono le constatazioni della dottrina che ha correttamente evidenziato che il tasso di discrezionalità riconosciuto dalla normativa europea e di conseguenza gli spazi valutativi residuati all'autorità di vigilanza siano stati rilevanti. Se infatti da un lato si potrebbe escludere l'incostituzionalità della previsione che ha riconosciuto alla Banca d'Italia il potere di limitazione del diritto al rimborso, in quanto attuativa del CRR e del reg.n.241/2014, cioè di norme comunitarie che imponevano il conformarsi dell'ordinamento nazionale, dall'altro bisogna però considerare come siano stati in tal modo riconosciuti margini di discrezionalità alla Banca d'Italia e non solo

---

<sup>345</sup> M.IRRERA - I.POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in NDS, 2015, XX, p.20; M.SAGLIOCCA, *Il nuovo diritto di recesso nella trasformazione delle banche popolari in società azionarie*, in Riv. Not., 2015, p.952.

<sup>346</sup> Su tutti si veda M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016) Nota a ord. Cons. Stato sez. VI 15 dicembre 2016, n. 5277*, in Rivista delle società, 2017, fasc. 1, pp. 230-250; G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in Rivista delle società, 2017, fasc. 1, p. 1-99.

nell'attuazione della normativa primaria (interna ed europea)<sup>347</sup>, operando le relative disposizioni comunitarie nell'ottica dell'armonizzazione<sup>348</sup>.

Si consideri poi che per la tutela dell'interesse alla stabilità, l'Autorità di Vigilanza, potrà anche emanare provvedimenti più restrittivi di quelli imposti dagli organi gestori. In un tale contesto normativo (CRD IV/CRR) la dottrina ha quindi incominciato a chiedersi se *“non si stia assistendo ad un progressivo affievolimento dei diritti soggettivi degli azionisti delle banche, con loro degradazione a meri interessi legittimi”*<sup>349</sup>.

Dall'analisi della disciplina sovranazionale pare quindi prospettarsi una dimensione conformativa<sup>350</sup> delle posizioni soggettive dei privati, in via diretta, all'interesse alla stabilità dell'intermediario (o meglio alla sana e prudente gestione) ed indirettamente all'interesse alla stabilità mercato. La conformazione in commento è diversa da un punto di vista teleologico rispetto a quella configurata dalla legge bancaria del 1936, ma certamente non inferiore da un punto di vista qualitativo e sconosciuta all'originaria formulazione del T.U.B. Probabilmente la dimensione conformativa in parola è quindi equiparabile solo a quella configurata dalla legge bancaria del 1936, incidendo però i poteri dell'Autorità di vigilanza non solo sull'istituto (attraverso una conformazione dello statuto) ma anche sui diritti dei suoi soci.

Alla luce di quanto affermato, seppur i profili di illegittimità costituzionale ritenuti non manifestamente infondati dal Consiglio di Stato, sono stati invece dichiarati infondati e quindi superati dalla Corte Costituzionale, tutto questo non incide comunque sul giudizio negativo attribuibile alla riforma che ha notevolmente ridotto la biodiversità del mercato nonché lo spazio all'autonomia privata di optare per la forma societaria ritenuta più adeguata e conforme alle esigenze, non

---

<sup>347</sup> Così G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in Rivista delle società, 2017, fasc.1, p.21, ove si afferma che *“Il che non significa, peraltro, che ci si trovi di fronte a poteri a basso tasso di discrezionalità, nonostante quanto potrebbe sembrare di primo acchito. Quanto ai gestori, è bensì vero che le norme europee offrono puntuale indicazione dei parametri prudenziali da considerare all'atto di decidere i limiti al rimborso, ma, come visto, quelle stesse norme esigono che gli organi societari tengano conto non solo del rispetto dei requisiti minimi di “capitale”, ma che pure valutino la complessiva situazione finanziaria, di liquidità e di solvibilità della banca o, se del caso, dell'intero gruppo bancario: se si vuole, una sorta di solvency test da svolgersi in chiave prospettica in accordo al fondamentale canone di sana e prudente gestione bancaria, con cui integrare il meccanico calcolo dei fondi propri residui a seguito degli eventuali rimborsi. Non molto diverso è il discorso da farsi per l'autorità di vigilanza, atteso che questa — abbiamo accennato anche a ciò — non solo disporrà del potere di limitare ulteriormente il rimborso degli strumenti onde garantire la salvaguardia dei livelli minimi di patrimonializzazione, ma anche di rifiutare tout court l'autorizzazione al rimborso quando, nonostante il puntuale rispetto dei requisiti di fondi propri dell'ente, ritenga necessario che questo risulti munito di margini ulteriori.*

<sup>348</sup> Il fatto quindi che la fonte secondaria emanata dalla Banca d'Italia abbia poi riprodotto il contenuto delle disposizioni primarie europee in modo fedele, non esclude l'esistenza di margini di discrezionali nel recepimento, essendo la normative comunitarie volta all'armonizzazione e non alla uniformazione delle discipline nazionali, essendo altrimenti inutile il passaggio intermedio della legislazione interna e della ricezione statutaria.

<sup>349</sup> G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di "capital maintenance" e "principio" del "bail-in"*, in Rivista delle società, 2017, fasc.1, p.21.

<sup>350</sup> L.DI BRINA, *“Il bail-in (l'influenza del diritto europeo sulle crisi bancarie e sul mercato del credito)”*, paper presentato al Convegno di Orizzonti del Diritto commerciale del 26-27 febbraio 2016, disponibile su [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).

considerando quindi tutti quegli studi volti a confermare la indifferenza o meglio la neutralità del profilo formale societario rispetto all'andamento di gestione, nonché la rilevanza sistematica in termini di resilienza e di adeguate risposte alle pluriformi domande di credito sul mercato finanziario. Come affermato da rilevanti economisti<sup>351</sup> (e giuristi<sup>352</sup>) la cooperazione nel settore del credito ha dato molto "all'economia reale e alla democrazia economica italiana" ma in virtù del processo di unificazione bancaria europea (ancora in atto), pur restando immutato il loro compito, si sarebbe dovuti intervenire con una mutazione parziale dei modelli organizzativi ed operativi e non certamente con una mutazione genetica imposta dall'alto e con la loro marginalizzazione anche in chiave prospettica.

## **6) "L'importanza della biodiversità bancaria: potenziali correttivi alla lesione del pluralismo ed il ruolo della Banca d'Italia"**

Il pluralismo istituzionale bancario e la cooperazione in materia creditizia sono concetti fortemente interconnessi, essendo le banche popolari e di credito cooperativo antiche forme esplicative della biodiversità bancaria. Nell'Ottocento infatti il pluralismo istituzionale bancario si affermò prima con le Casse di risparmio e poi, alla metà del secolo, con le banche popolari e cooperative, essendosi compresa l'importanza della diversità istituzionale dei soggetti esercenti il credito, al fine di far accedere ai finanziamenti soggetti marginalizzati dal sistema bancario privato tradizionale, liberando così queste classi dal peso dell'usura, nonché per assicurare una completezza dell'offerta creditizia e per favorire lo sviluppo delle economie locali. Queste sono, in estrema sintesi, le ragioni storiche dell'affermarsi di un mercato del credito così variegato, poi consolidato e formalizzato istituzionalmente dalle leggi bancarie.

Solo negli anni '80 del secolo scorso si afferma un brusco cambio di rotta<sup>353</sup>, il cui apice si ebbe negli anni '90 proprio con il superamento delle tesi sottese al Glass-

---

<sup>351</sup> A.Q.CURZIO, *Le banche popolari dal XX al XXI secolo*, pag.11, 2015.

<sup>352</sup> R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?"*, Pescara, 16 giugno 2015 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 5, pt. 1, p. 586; V.SANTORO e G.ROMANO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 2, p. 261.

<sup>353</sup> Durante il corso degli anni '80 con i governi Regan e Thatcher, sulla base delle teorie neoliberiste di Friedman e della scuola di Chicago, si decise infatti di dar vita ad un programma politico ed economico tutto improntato alla riconfigurazione del ruolo dello Stato da interventista a regolatore con conseguente limitazione dell'incidenza del suo ruolo nell'economia. Si avviarono così politiche di privatizzazione e liberalizzazione in virtù della postulata (ma infondata) efficienza intrinseca del mercato, inteso quindi come strumento risolutivo delle inefficienze legate al precedente modello. Se infatti il mercato è intrinsecamente e naturalmente efficiente, bisogna liberalizzare, privatizzare, deregolamentare, despecializzare l'attività bancaria, passare da una regolazione strutturale ad una meramente prudenziale.

Questa impostazione teorica calata nelle scelte politiche portò quindi ben presto a determinare significativi squilibri e divari tra i redditi minimi e massimi, rendendo quindi necessario il ricorso ad un massiccio finanziamento della domanda per consentire l'acquisto di beni e servizi sul mercato, contraddicendo il principio di intrinseca efficienza. La domanda infatti per essere tenuta alta richiede o un aumento dei redditi più bassi e quindi una più equa distribuzione dei redditi o un pompaggio attraverso i finanziamenti. Non essendo possibile realizzare una più equa distribuzione dei redditi, pena lo snaturamento della purezza teorica del modello neoliberista, si optò per il pompaggio artificiale tramite finanziamento della domanda e conseguenziale indebitamento delle famiglie, ed è proprio da qui che trae origine la fragilità del sistema bancario e l'instabilità del sistema finanziario. L'ideologia neoliberista ha quindi rimodulato il sistema



Steagall act del 1933<sup>354</sup>, con cui si imponeva la separazione tra banche commerciali e banche di investimento e le cui indicazioni in Italia erano state recepite nella legge bancaria del 1936<sup>355</sup>. Si determinò così la definitiva finanziarizzazione dell'economia e la sostituzione della logica dell'inclusione, dei soggetti marginalizzati dal mercato del credito, mediante intermediari no profit come le casse di risparmio o comunque orientati sul modello dello *Stakeholder value* come le banche popolari e di credito cooperativo, ad una inclusione mediante l'utilizzo di strumenti finanziari (sul punto si pensi alle cartolarizzazioni che hanno consentito la concessione di mutui sub-prime).

Si è diffuso quindi, a livello globale, un modello di banca universale in forma di spa quotata e tendente al gigantismo, insomma un modello predatorio e dominante che però non è riuscito a prevaricare e marginalizzare gli altri modelli presenti sul mercato, se non attraverso gli interventi dei legislatori miranti ad uniformare il sistema bancario sulla base del pregiudizio indimostrato di una maggiore stabilità.

Secondo alcuni studiosi<sup>356</sup> è proprio in ciò che si palesa l'evidente contraddizione insita nella logica neoliberista che solo teoricamente si basa sulla efficienza intrinseca del mercato, ma che in realtà privilegia un modello di banca che sul mercato ha ampiamente dimostrato una resilienza non superiore agli altri modelli nella gestione delle crisi<sup>357</sup>.

Nonostante questa premessa il legislatore ha però deciso di premiare, a scapito degli altri modelli e contro ogni evidenza empirica, proprio il modello di banca universale. Quello che non è riuscito al mercato è stato quindi imposto (quantomeno parzialmente, ma comunque con rilevanti ricadute tendenziali in prospettiva futura) dallo Stato (almeno in Italia con le riforme della cooperazione del credito).

Come dimostrato infatti dalla crisi finanziaria e bancaria partita dagli Stati Uniti nel 2007 ma poi rapidamente estesi a tutto il mondo occidentale, il modello di banche "*mainstream*" sembra aver già dato prova delle sue fragilità, essendosi dimostrato non solo incapace di assorbire al proprio interno le crisi ma addirittura propagarle all'esterno, scaricandone il peso sui conti pubblici.

---

bancaria favore di un tendenziale monolitismo soggettivo, cioè di grandi banche in forma di spa con azionariato diffuso e improntate esclusivamente sulla massimizzazione del profitto per l'azionista.

<sup>354</sup> Tale Act prevedeva una disciplina basata sulla netta separazione tra banca commerciale e banca d'affari, cioè banche autorizzate a svolgere esclusivamente classiche attività bancarie, cosiddette attività commerciali, raccogliendo depositi tra il pubblico indistinto, banche autorizzate a svolgere esclusivamente attività di investimento, cosiddette *investment and corporate activities*, con preclusa la possibilità di utilizzare come fonte di finanziamento i depositi raccolti presso il pubblico indistinto. La G.-S. fu di fatto abrogata attraverso l'introduzione nel 1999 del Gramm-Leach-Bliley Act, che abolì la netta separazione tra le investment bank e le commercial bank.

<sup>355</sup> Attraverso l'introduzione del Testo unico bancario del 1993 a firma di Mario Draghi.

<sup>356</sup> P.MOTTURA e U.FILOTTO, *Le ragioni della biodiversità nell'industria bancaria. Stabilità, etica, risposte al mercato*, in *Bancaria*, 2010, n. 10, p. 10 ss.

<sup>357</sup> M.BROGI, *La riforma delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari*, a cura di Capriglione, Cedam, 2015, 40 s., «la teoria economica non è riuscita a dimostrare la superiorità di un modello societario rispetto ad un altro. La qualità della governance più che dal modello adottato dipende dalla qualità delle persone che vengono scelte».

Al problema delle esternalità negative si è risposto con le logiche del *bail-in*, ma questo non può che essere un tassello di un più complesso intervento, non limitato alla sola logica della patrimonializzazione a taglia unica, come già in precedenza osservato.

Come auspicato qualche anno addietro da alcuni economisti<sup>358</sup>, per una vera stabilità bancaria e finanziaria dovrebbero essere rispolverate le logiche del pluralismo istituzionale e della diversità utile, non intesa solo nel senso di una riproposizione della specializzazione degli intermediari (attraverso interventi di tipo neo-strutturale), ma anche e soprattutto di una diversità di modelli, anche in virtù del fatto che una banca cooperativa a differenza delle banche in forma di spa, non essendo un modello *shareholder value oriented*, mira a massimizzare la torta del valore aggiunto e a ripartirla equamente tra gli *stakeholders* (depositanti, soci, lavoratori, comunità locali), producendo maggior benessere per l'economia reale<sup>359</sup>.

Così tuttavia non è stato, come dimostrano la riforma delle banche popolari e quella delle banche di credito cooperativo.

Questo non vuol certo significare una negazione di evidenti problematiche relative alla *governance* delle banche cooperative, derivanti dal strutturazione organizzativa del modello e fortemente acuitesi negli ultimi decenni, ma vuole essere una contestualizzazione teorico-generale del quadro in cui collocare le ultime riforme in tema di cooperazione del credito, figlie non tanto di un nuovo ribaltamento nei rapporti di forza tra diritto ed economia<sup>360</sup>, ma di una radicalizzazione (non coerente) del paradigma teorico-economico dominante.

---

<sup>358</sup> P.MOTTURA e U.FILOTTO, *Le ragioni della biodiversità nell'industria bancaria. Stabilità, etica, risposte al mercato*, in *Bancaria*, 2010, n. 10, p. 10 ss.

<sup>359</sup> P.MOTTURA e U.FILOTTO, *Le ragioni della biodiversità nell'industria bancaria. Stabilità, etica, risposte al mercato*, in *Bancaria*, 2010, n. 10, p. 10 ss.

<sup>360</sup> L'analisi del rapporto tra diritto ed economia è evidentemente connessa al momento storico di riferimento, che taluni studiosi distinguono in almeno cinque fasi. In una prima fase il legame è strettissimo, l'economia produce infatti il diritto. La *lex mercatoria* non a caso è un diritto universale creato dal ceto mercantile attraverso le consuetudini, gli statuti e la giurisprudenza dei relativi tribunali.

In una seconda fase che corrisponde alla nascita degli Stati nazionali, il rapporto di forza si ribalta completamente. Gli Stati diventano imprenditori e l'economia viene subordinata alla ragion di Stato. Si afferma così il primato della legge, intesa come espressione della sovranità dello Stato, che soppianta le corporazioni e la sua *lex*.

Una terza fase nasce con la rivoluzione industriale e l'affermarsi della classe borghese si arriva dunque alla rivoluzione francese del 1789. In questo contesto prende piede la teoria economica del liberismo improntata a ridurre lo Stato alla funzione di mero regolatore dell'economia, lasciando così alla "mano invisibile" di Smith, lo spazio per la creazione di ricchezza. La *lex mercatoria* viene trasfusa definitivamente nei codici di commercio e le consuetudini commerciali, da fonte principale del diritto viene ridotta a fonte ultima della gerarchia.

Una quarta fase si afferma con la Crisi del 1929, che sulla base delle teorie economiche del Keynes, riportarono ad un maggiore intervento dello Stato nel processo economico, alla luce dei fallimentari tentativi di autoregolazione del mercato. Si affermerà così il *Walfer State*, cioè l'idea di uno stato teso a realizzare non solo allo sviluppo del sistema economico ma anche la giustizia sociale.

L'ultima fase parte con gli anni 80 del XX secolo, dove alla luce delle tesi neolibériste, si supera l'idea di un economia mista, in virtù dell'idea secondo cui lo Stato sia un ostacolo alla crescita economica. Con la globalizzazione dell'economia il rapporto tra diritto ed economia si ribalta nuovamente, i capitali superano i confini nazionali per immettersi in un unico mercato globalizzato non più soggetto agli interventi correttivi e delimitativi della politica. In questa fase post industriale si assiste infatti al sopravvento del mercato finanziario. Il contratto riassume dunque una centralità

Orbene è opportuno specificare che queste problematiche siano state affrontate dal legislatore italiano andando ben al di là di quanto fosse in effetti strettamente necessario per la risoluzione delle stesse, come dimostrato dal fatto che riforme speculari (almeno in tema di popolari) non si sono prodotte in nessun altro paese europeo oltre che dalla opinione di grandi maestri<sup>361</sup>. Si pensi alla Germania, dove nonostante vi sia stata una crisi del comparto cooperativo ben più rilevante di quella italiana, il Governo ha però deciso di adottare una linea di difesa del sistema attraverso la predisposizione di misure di ricapitalizzazione<sup>362</sup>.

In sintesi la biodiversità, cioè la concorrenza non solo di soggetti ma anche di modelli, è un pregio in quanto aumenta la resilienza del sistema e la resistenza agli shocks, infatti proprio come per gli ecosistemi, un “parassita” potrebbe attaccare una specie (bancaria) ma non le altre. Eliminando una specie (o meglio ponendo le basi per una marginalizzazione di una specie) l’ecosistema bancario inevitabilmente si indebolisce. Se poi ad essere eliminato è il modello più incline a sostenere la domanda di prestiti nei periodi di crisi e di credit crunch, come dimostrano i dati, essendo meno prociclico non alimentando le bolle finanziarie che portano ad una restrizione dei cordoni del credito proprio nei momenti di crisi, la questione diventa anche più seria<sup>363</sup>. Questo non vuole essere un attacco alle banche spa, essenziali al sistema bancario, ma una difesa di differenti modelli, non meno idonei a competere sul mercato del credito, non essendoci, secondo accreditati studi scientifici, alcuna correlazione tra la rischiosità e capitalizzazione di una banca ed il voto capitario<sup>364</sup>.

Fatta questa premessa sulla opportunità di riproporre politiche coerenti con il principio di biodiversità bancaria, si deve considerare come alcuni studiosi hanno sollevato la necessità di valutare potenziali correttivi apportabili alla logica della riforma, la percorribilità dei quali è però fortemente connessa al ruolo ascrivibile alla Banca d’Italia, specie dopo il d.l.3/2015 (di cui si dirà nel successivo capitolo).

Secondo autorevolissima dottrina<sup>365</sup>, elementi idonei ad attenuare le rigidità poste dalla riforma sarebbero rinvenibili nella comune disciplina societaria ed in

---

nell’ambito della creazione del diritto, dando vita ad una nuova “*lex mercatoria*”. Il mercato unico globalizzato tende a creare un nuovo diritto universale, ovviamente non espressione del potere statale nazionale e indipendente da una intermediazione del relativo potere legislativo, con evidente pericoli di carenza di legittimazione democratica e di governo tecnocratico dell’economia nella produzione della “*lex*”. Per un approfondimento delle tematiche si rinvia alla monumentale opera di F.MARRELLA, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’ economia volume trentesimo, “La nuova lex mercatoria principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale”*.

<sup>361</sup> R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno “Principio capitalistico. Quo vadis?”*, Pescara, 16 giugno 2015 in Banca borsa e titoli di credito, 2015, fasc. 5, pt. 1, pp. 575 e ss.

<sup>362</sup> C.BELLAVITE PELLEGRINI-L.PELLEGRINI-D.ROMELLI, *Stabilità e efficienza delle banche popolari europee, in Credito popolare*, 2012, P.119. Questo studio sostiene che dal raffronto tra il sistema delle banche popolari italiane e quello di altri paesi nei quali il mantenimento del modello non risulta in discussione, come ad esempio in Germania, emerge addirittura una maggior efficienza dell’esperienza italiana.

<sup>363</sup> A.Q.CURZIO, *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, 2010, pag.20

<sup>364</sup> L.BECCHETTI, *Elogio della libertà e diversità bancaria*, relazione al convegno del senato del 17/02/2015 pag.3; nonché per approfondimenti della questione Leonardo Becchetti, Salvatore Bragantini, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in Il Mulino, 2015, n. 2, p. 241 ss.

<sup>365</sup> D.ROSSANO, *La trasformazione delle banche popolari e l’abbandono del c.d. voto capitario*, p.205.; M.LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, in Riv. dir. soc. 2016., ove si sollevano dubbi circa l’ammissibilità della possibilità per l’autorità di vigilanza di

particolar modo nelle possibilità riconosciute dall'art.2351 c.3 di predisporre delle deviazioni dal modello ponderale fino ad arrivare all'adozione del metodo capitaro.

Secondo altro illustre autore<sup>366</sup> le banche popolari sopra soglia, avrebbero ben potuto conformarsi formalmente alla riforma ma salvaguardando il loro *proprium* caratterizzante, attraverso lo scorporo ed il conferimento delle stesse in spa di nuova costruzione da mantenersi sotto l'influenza della ex popolare convertita in cooperative holding<sup>367</sup>. La legittimità di tale operazione è stata però negata dalla Banca d'Italia, la quale sollecitata durante la pubblica consultazione, ha affermato che la conformità delle operazioni societarie, fermo restando le competenze della BCE, sarà valutata guardando al rispetto sostanziale e non meramente formale della riforma, in tale ottica non sarebbero state ritenute in linea con la riforma le operazioni da cui risultasse una partecipazione totale o maggioritaria, nella spa bancaria, della società holding rinveniente dalla ex popolare.

Preso atto dei dinieghi provenienti dall'Autorità di vigilanza si è allora ritenuto di rinvenire come possibili alternative quelle del trasferimento di sede in altro paese Ue o della costituzione di una Società cooperativa europea (SCE).

E' infatti difficilmente discutibile che non sia possibile privare le banche del potere di spostare la sede sociale all'interno dei confini dell'UE, in virtù del principio di libera circolazione e stabilimento, continuando poi a poter operare in Italia, conservando la forma popolare pur se con attivo patrimoniale superiore ad 8 miliardi di euro.

Tale soluzione sarebbe meno risolutiva, seppur sia ammissibile l'esercizio dell'attività bancaria anche attraverso la SCE, dovendosi integrare il disposto dell'art. 28 comma 1 tub con l'art. 8 comma 2 del regolamento SCE (2003/1435/CE). Tuttavia in virtù proprio dell'art.8 si applicano alla SCE le disposizioni del regolamento, poi quelle dello Statuto della SCE ed infine le leggi adottate dai singoli stati membri in applicazione della normativa comunitaria in tema di SCE nonché le leggi degli stati membri applicabili ad una cooperativa costituita in conformità della legge dello stato membro in cui la SCE ha sede. Sarebbe quindi applicabile alla SCE con sede in Italia la disciplina del tub se non contrasti con il reg.SCE. Quindi la SCE in Italia dovrà avere la forma di Banca Popolare o di credito cooperativo e rispettare i requisiti di capitale e patrimonializzazione.

---

considerare, alla luce della discrezionalità tecnica, contrastante con la sana e prudente gestione le deviazioni dal principio ponderale.

<sup>366</sup> V.SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 2, pp. 259 ss.

<sup>367</sup> Sul punto anche dopo la decisione della Consulta del 21 Marzo 2018, rispetto alle vicende della Popolare di Sondrio, l'Avv. Fausto Capelli, che rappresentando in giudizio le ragioni di un gruppo di soci dissenzienti ha ottenuto dal C.d.S. la sospensione in via cautelare dell'iter di trasformazione per Pop Sondrio e Pop Bari, ha affermato sulle pagine de "Il Foglio" (in articolo pubblicato sul sito on-line il 18 Aprile 2018) che *"la Corte costituzionale ha riconosciuto unicamente l'obbligo della trasformazione in società per azioni, ma non ha preso affatto in considerazione le modalità da seguire"* ed ha quindi riaffermato la tesi dell' ammissibilità dell'utilizzo di una holding intermedia come strada percorribile nel pieno rispetto del nostro ordinamento giuridico. In tal senso anche Corrado Sforza Fogliani, presidente di Assopopolari, il quale ha affermato che *"il principio che viene difeso è sacrosanto. Non si capisce perché all'estero ci siano diversi casi di gruppi bancari, anche rilevanti, controllati da cooperative, come Credit Agricole e la canadese Banque des Jardins, e in Italia questo debba essere impedito"*.

Ultimamente si è poi anche sostenuta la praticabilità dell'utilizzo del neonato modello delle Società benefit, ovvero di una società (di capitali) che *“nell'esercizio di una attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse”*<sup>368</sup>, finalità che devono essere *“indicate specificatamente nell'oggetto sociale della società benefit e sono perseguite mediante una gestione volta al bilanciamento con l'interesse dei soci e con l'interesse di coloro sui quali l'attività sociale possa avere un impatto”*<sup>369</sup>. Con tali previsioni il Legislatore ha recepito nell'ordinamento italiano, l'esperienza maturata da alcune legislazioni nazionali statunitensi, prevedendo che i soci di società di capitali possano inserire nello statuto previsioni che pieghino in parte lo scopo egoistico, facendolo convivere con l'intento di rendere positivamente partecipi degli effetti dell'attività economica dei soggetti estranei alla compagine sociale<sup>370</sup>. Pur non essendo un tipo societario a sé, come confermato dalla dottrina maggioritaria, sulla base della constatazione che, tuttavia applicate al campo bancario tali previsioni potrebbero quantomeno favorire la riaffermazione di una impresa non tesa solo alla massimizzazione del valore della partecipazione dei soci ma anche alla cura dello stakeholders value<sup>371</sup>.

Come già in precedenza evidenziato dalla dottrina, la percorribilità di queste soluzioni prospettate è dipesa comunque dall'operato e dal ruolo ascrivibile alla Banca d'Italia a seguito del d.l.3/2015. La stessa in più occasioni ha infatti ribadito che non avrebbe tollerato escamotage volti a neutralizzare gli effetti della riforma.

Detto questo, si può passare all'ultimo capitolo dedicato proprio alla Banca d'Italia ed ai suoi poteri, proprio allo scopo di sottolineare quanto già affermato circa la centralità del ruolo che la predetta autorità di vigilanza ha giocato non solo nell'attuazione della riforma ma anche rispetto alle stesse ragioni ispirative del cambio di paradigma.

La centralità del ruolo della Banca d'Italia rispetto alle ragioni che hanno portato alla riforma del resto è cosa nota, come hanno dimostrato i numerosi interventi di autorevoli esponenti della Autorità di vigilanza, volti a sollecitare una riforma del settore al fine di riuscire a garantire anche la sana e prudente gestione degli istituti di maggiori dimensioni.<sup>372</sup>

---

<sup>368</sup> L. 208/2015 (Legge stabilità 2016) art.1 comma 376

<sup>369</sup> L. 208/2015 (Legge stabilità 2016) art.1 comma 377

<sup>370</sup> M.PALMIERI, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit in Banca Impresa Società*, 2017, fasc. 2, pp. 201-238.

<sup>372</sup> Se infatti è vero che gli esempi più eclatanti di crisi conclamate di alcune banche popolari di dimensioni maggiori siano scoppiati dopo la riforma ed aggiungere in occasione della stessa che ha scoperciato il vaso di Pandora, le difficoltà della vigilanza erano emerse già in precedenza come del resto dimostrano le molteplici richieste di intervento legislativo sollecitate dalla Banca d'Italia. In tal seno mi pare che possano essere letti gli interventi di A.M.TARANTOLA, *Le banche popolari nel confronto competitivo: vocazione territoriale e profili di governance*, Taormina 27 febbraio 2009; F.SACCOMANNI, *Le sfide per le banche popolari nel nuovo scenario regolamentare*, Verona 26 febbraio 2010; A.M.TARANTOLA, *Audizione del vice direttore generale della Banca d'Italia nell'ambito dei disegni di legge sulla riforma delle banche popolari*, 22 giugno 2011.

Il leitmotivo della riforma secondo Costi<sup>373</sup> è infatti proprio il criterio della sana e prudente gestione che solo indirettamente ha finito per sacrificare lo scopo mutualistico e favorire quello lucrativo. Mi sembra si possa aggiungere però che probabilmente il legislatore abbia, attraverso una inversione logica dei problemi, marginalizzato la cooperazione del credito proprio per garantire la sana e prudente gestione degli istituti, alla luce delle difficoltà riscontrate dalla vigilanza italiana nell'assicurare il rispetto di tale criterio di gestione per le banche popolari.

Le ragioni dichiarate della riforma sono infatti tutte abbastanza opinabili o comunque superabili alla luce delle considerazioni dapprima articolate, applicando dunque il principio del rasoio d'Occam<sup>374</sup> alla questione, la spiegazione più semplice potrebbe essere proprio quella delle difficoltà (e talvolta inadeguatezze) dell'attività di vigilanza.

Dunque dopo un'analisi delle ragioni della riforma e quindi della individuazione della centralità della Banca d'Italia rispetto alle ragioni sottese al cambio di paradigma ed al suo ruolo nell'attuazione della riforma, si può dunque passare ad un approfondimento dei poteri esercitati in tal contesto, previo breve inquadramento generale della Banca d'Italia e della funzione di vigilanza.

---

<sup>373</sup> R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?"*, Pescara, 16 giugno 2015 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 5, pt. 1, pp. 576.

<sup>374</sup> A.GHISALBERTI, *Guglielmo di Ockham, Scritti filosofici*, Firenze, 1991, p.19

### Capitolo III “ I poteri della Banca d'Italia e la ridefinizione del suo ruolo in tema di trasformazioni”

*“Nel sistema capitalistico e in quello socialista l'organizzazione “ideologica” dell'esistenza lascia sempre di più il passo alla sua organizzazione scientifico tecnologica. (E quindi l'organizzazione ideologica della tecnica lascia sempre di più il passo all'organizzazione tecnologica della tecnica). Questa è la fondamentale “tendenza” in atto oggi sulla terra [...]. È cioè in atto un processo in cui l'Apparato della razionalità scientifico-tecnologica non solo va riducendo la resistenza che l'ideologia gli oppone all'interno dei due sistemi, ma mette anche in questione l'esistenza stessa di tali sistemi, quell'esistenza che è dovuta alla loro contrapposizione ideologica [...]. La tendenza fondamentale del nostro tempo è il progressivo prevalere della razionalità scientifica all'interno della contraddizione tra questa razionalità e l'ideologia.*

*Cit. Emanuele Severino, La tendenza fondamentale del nostro tempo pag.46/47*

#### **1) Banca d'Italia come autorità indipendente: premessa**

Il principio di separazione dei poteri, seppur abbia origini ben più antiche rispetto alla riproposizione fatta dal Montesquieu nel libro XI “*De l'esprit des lois*”, affondando le sue radici nel pensiero rinascimentale italiano<sup>375</sup>, ha trovato sicuramente la sua più nota espressione nel testo del predetto filosofo francese. In questa opera l'autore rivendica la necessità di tener separati i tre principali poteri dello Stato e cioè il potere legislativo, esecutivo e giurisdizionale, onde garantire la libertà dai cittadini.

Questo principio costituì l'idea di fondo che permeò le riforme portate avanti dal Cavour nella seconda metà dell'Ottocento, essendo il disegno di Cavour tutto orientato a rendere la struttura della pubblica amministrazione italiana conforme al modello del Montesquieu<sup>376</sup>. Si realizzò così, a partire dalla L. 23 marzo 1853 n.1483, una concentrazione delle competenze amministrative nei Ministeri strutturati in forma piramidale con a capo il Ministro. Solo a costui era affidata l'emanazione degli atti del Ministero, in quanto unico soggetto della struttura ministeriale legittimato democraticamente attraverso la fiducia parlamentare e quindi politicamente responsabile. In tale prospettiva non erano concepibili strutture amministrative non ministeriali e quindi non verticisticamente ordinate nella figura del Ministro.

Con l'età Giolittiana il sistema subì notevoli spinte alla deconcentrazione delle competenze amministrative, anche a causa della metamorfosi del ruolo rivestito dallo Stato da mero regolatore ad interventista nell'economia grazie all'avvento della sinistra storica al potere. In coerenza con tale epocale cambiamento, essendosi lo Stato assunto l'onere di realizzare fini di sviluppo sociale non limitandosi più svolgere il ruolo di arbitro, si assiste alla sviluppo di nuove amministrazioni pubbliche non statali ed a forme di intervento diretto nel mercato attraverso imprese organo. Questo processo continuò poi con il ventennio, essendo del tutto coerente con l'ideologia fascista l'implementazione dell'intervento dello stato nell'economia e nella vita sociale. Il sistema così

---

<sup>375</sup> S.MANGIAMELI “*L'ordinamento europeo. Vol. 1: I principi dell'Unione*”, 2006, p.222.

<sup>376</sup> F.CARINGELLA “*Manuale di diritto amministrativo edizione X, 2016, pag.720.*

delineatosi era però del tutto coerente con il principio di separazione dei poteri ed in un certo senso anche con l'ideale Cavouriano, in quanto forme di controllo ministeriali o governative garantivano comunque la responsabilità politica.

Queste spinte alla deconcentrazione amministrativa furono poi amplificate dalla Costituzione del 1948 e poi concretizzate dalle riforme Bassanini (federalismo a costituzione invariata) e dalla l. cost. 3/2001. Il processo volto a costituire una amministrazione non più piramidale, ma "*policentrica e multiorganizzata*", è infatti continuato nonostante il progressivo venir meno dell'idea di uno Stato interventista, ma si è comunque incardinato, in modo coerente, in un sistema che seppur non più centralizzato resta comunque improntato sul principio di separazione dei poteri.

Ha posto quindi veri problemi di compatibilità con il principio in commento solo l'affermarsi delle Autorità Indipendenti. Il carattere della indipendenza è infatti del tutto avulso rispetto al modello delle normali amministrazioni pubbliche e le funzioni eterogenee ad esse attribuite le pongono in un ambiguo lembo a confine tra il potere esecutivo, legislativo e giudiziario.

### 1.1 Le Autorità indipendenti e la compatibilità con la Costituzione

Le Autorità indipendenti rinvergono la propria ragion d'essere proprio nelle lacune rinvenibili nei tre principali poteri statali. L'affermarsi di tali enti può quindi essere interpretato<sup>377</sup> come il tentativo di sopperire al fallimento della p.a. classica rispetto alle problematiche tecniche che il mondo globalizzato pone, alla scarsa preparazione tecnica del legislatore ed alla inefficacia del rimedio giurisdizionale rispetto alla tutela di interessi nevralgici, anche in virtù dei forti limiti che hanno per lungo tempo caratterizzato il processo amministrativo, tanto in tema di mezzi istruttori quanto in tema di sindacabilità della discrezionalità tecnica.

Ciò che è certo, in questo contesto, è il minimo comune denominatore sotteso a tali carenze e da rinvenire nella particolare complessità tecnica delle problematiche che uno stato moderno si trova ad affrontare.

Tutto questo ha posto seri dubbi di compatibilità con il dettato costituzionale e con il principio di separazione dei poteri. In effetti le autorità indipendenti, almeno per una parte del loro operato (funzioni contenziose), non sono preposte alla cura e alla realizzazione dell'interesse pubblico ma si occupano dell'attuazione della legge in una accezione simile a quella giurisdizionale e non sono soggette ad interferenze e controlli governativi o ministeriali, con conseguenti dubbi di compatibilità con il principio costituzionale dell'art. 95 cost. che impone legittimazione democratica e responsabilità politica<sup>378</sup>.

---

<sup>377</sup> A.PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli editore, Firenze, 1997, p. 40, ove si afferma che "*le Autorità amministrative indipendenti sono l'effetto di una crisi di rappresentanza, acuita dalla crisi del sistema italiano dei partiti, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce la forza dei giudici rendendoli, come le Autorità amministrative indipendenti, contropoteri del Governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale quanto di quello degli interessi*".

<sup>378</sup> Così G.AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in Riv. trim. pubb., 1998, p.659



Questi due profili, hanno quindi posto una serie di problematiche derivate a cascata, come quello della applicabilità degli istituti della 241/90 e della possibilità per un soggetto non legittimato democraticamente di esercitare poteri normativi.

Quanto ai profili di legittimità costituzionalità, la dottrina prevalente supera tali dubbi anche se con motivazione diverse.

Secondo una parte della dottrina infatti è vero che all'art. 95 la nostra costituzione delinea il modello tradizionale, ma dagli artt. 97 e 98 sarebbe ricavabile un modello di amministrazione alternativo ed indipendente dall'indirizzo politico e sottoposto solo alla legge<sup>379</sup>.

Secondo altra parte della dottrina vi sarebbero invece settori naturalmente incompatibili con la funzione di indirizzo politico. In tale ottica le Autorità indipendenti non hanno bisogno di espressa copertura costituzionale, bensì del rilievo costituzionale degli interessi tutelati, realizzando una funzione suppletiva rispetto all'amministrazione tradizionale con essi incompatibile<sup>380</sup>.

Secondo ulteriore tesi invece tali autorità rappresentano, una integrazione tacita del dettato costituzionale anche sulla base delle influenze comunitarie<sup>381</sup> e ciò a causa del numero sempre maggior di norme tecniche immesse nell'ordinamento dall' U.e., le quali non sono fronteggiabili dal modello tradizionale di P.a.

## 1.2 La Natura delle Autorità indipendenti.

Come già in precedenza evidenziato, le autorità indipendenti non essendo una costruzione del legislatore frutto di un piano organico ma il risultato delle contingenze e quindi della necessità di indipendenza, non possono essere configurate come un istituto ma al più come un fenomeno giuridico di depoliticizzazione dell'intervento pubblico rispetto a determinati settori caratterizzati da alto tasso di tecnicità<sup>382</sup>.

Fatta questa premessa si può però affermare che siano ormai riconosciute dalla dottrina maggioritaria come pubbliche amministrazioni seppur caratterizzate sotto il profilo strutturale e funzionale da indipendenza.

Sul punto i dubbi sono stati risolti già dalla l. n.205/2000 che prevedeva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispetto ai provvedimenti delle

---

<sup>379</sup> In tal senso G.GEMMA, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in Giur. Cost., 1995, p.1671; A.PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in I garanti delle regole, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996, p.107 ss.. In senso opposto G.PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti*, in Dir. Amm. 1996 p.1 ss

<sup>380</sup> In tal senso F.MERUSI, *I rapporti tra governo ed amministrazione*, in Aa.Vv., *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna, 1994, p.25 ss.; S.CASSESE, *I poteri della Consob per l'informazione al mercato*, in *Bancaria*, 1986, n.10, p.77 ss.; L.TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità Indipendenti*, in Aa.Vv., *I garanti delle regole*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996, p.60 ss.

<sup>381</sup> S.LABRIOLA, *Note preliminari*, in *Le Autorità indipendenti*, Milano 1999, p.51.

<sup>382</sup> Si rientra sempre nella logica del passaggio da uno Stato che interviene nell'economia ad uno Stato regolatore dei processi economici, anche secondo alcuni il fenomeno è ascrivibile all'ulteriore processo trasmutativo cioè quello da Stato regolatore a Stato cornice, espressivo di un ulteriore arretramento dello Stato e della politica (e quindi della legittimazione democratica) dalla vicenda economica che viene quindi rimessa a poteri tecnocratici.

autorità indipendenti, nonché dalla sentenza del C.d.S n.652/2001, la quale sostenne la natura amministrativa delle stesse sulla base del fatto che lo svolgimento di una funzione amministrativa implicante la necessaria indipendenza dell'organo fosse una forma di esaltazione del connotato dell'imparzialità.

### 1.3 Tra analisi strutturale e funzionale

Benchè una ricostruzione teorica organica delle autorità indipendenti sia resa particolarmente ostica dalla eterogeneità dei livelli di indipendenza osservabili nelle sue singole declinazioni e dalla molteplicità delle funzioni ad esse attribuite, uno sforzo analitico in tal senso pare opportuno nella logica della trattazione.

Sul punto si scontrano tre possibili metodi di analisi, un primo volto a valorizzare esclusivamente i caratteri esteriori (che definirei strutturali) del fenomeno, un secondo invece volto ad un'analisi del solo momento funzionale, ed un terzo misto che mette insieme entrambi i momenti di analisi.

Una parte della dottrina, sul presupposto che la eterogeneità delle funzioni svolte impedisca una riconduzione ad unità, rinviene nei soli caratteri strutturali<sup>383</sup> della indipendenza e dell'autonomia il minimo comune denominatore del fenomeno in esame. Questi sarebbero gli elementi strutturali indefettibili delle Autorità indipendenti, dovendo infatti essere garantita l'indipendenza grazie ai criteri di nomina dei vertici e all'autonomia organizzativa, contabile e finanziaria in modo tale da impedire che le funzioni esercitate vengano piegate all'influenza politica. Secondo questa impostazione però un'analisi funzionale non sarebbe idonea a ricomprendere integralmente il fenomeno in esame, proprio per l'eterogeneità<sup>384</sup> delle funzioni attribuite a tali autorità che non svolgono solo funzioni tipicamente amministrative (come quelle di autorizzazione e vigilanza) ma anche e soprattutto funzioni di normazione secondaria (quasi legislative) e di soluzione delle controversie (quasi giudiziali).

Una seconda impostazione invece partendo dalla constatazione secondo cui l'imparzialità sia il principio che governi l'intera azione amministrativa in base alla previsione contenuta nell'art.97 cost., riconosce invece che a caratterizzare in modo prevalente le funzioni delle autorità indipendenti sarebbe invece la neutralità, che non è riducibile alla mera imparzialità, cioè al dovere di evitare discriminazioni arbitrarie tra i destinatari dell'azione amministrativa<sup>385</sup>. La neutralità, in tal ottica, è invece riconducibile al diverso concetto di indifferenza rispetto agli interessi in gioco.

Altra tesi<sup>386</sup> invece proprio sotto il profilo funzionale parla di funzione di accertamento/giudicante, cioè di attuazione della legge nella triplice dimensione dell'applicazione della legge attraverso poteri normativi secondari di attuazione della norme primarie, della risoluzione dei conflitti applicando la legge e nella

---

<sup>383</sup> G.P.CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti a cura di Chieppa e Cirillo*, in Trattato di diritto amministrativo diretto da G.Santaniello vol. XLI. 2010 ,p.38.

<sup>384</sup> G.AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1997, p.645., ove l'A. sconsiglia l'uso delle generalizzazioni per tali Autorità.

<sup>385</sup> V.CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997, p.353.

<sup>386</sup> F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, p.726 e 740.

dimensione della applicazione delle sanzioni in caso di irregolarità. Questa impostazione non manca però di dar risalto anche al momento strutturale della indipendenza ma ricostruendo una unitarietà, seppur parziale<sup>387</sup>, sotto il profilo funzionale, propende implicitamente per una analisi mista che non guardi solo al carattere strutturale dell'indipendenza ma anche alla omogeneità (così ricostruita) delle funzioni neutrali svolte.

#### 1.4 Conclusioni generali di inquadramento delle Autorità indipendenti

Nonostante, come già detto, l'impostazione prevalente ritenga quindi pienamente compatibili le Autorità indipendenti con il dettato costituzionale in materia economica, non si può non evidenziare come l'idea originaria che aveva ispirato i padri costituenti è stata ormai stravolta, alla luce del cambio di paradigma economico dominante, attraverso ricostruzioni dottrinali tese a ridurre le previsioni costituzionali a dato elastico.

La Costituzione economica infatti era conformata ad un'idea di economia mista che implicava un rilevante intervento dello Stato nell'economia in un'ottica solidaristica e di giustizia sostanziale. Con il cambio di paradigma economico dominante si è passati da uno Stato interventista ad uno Stato regolatore.

Questo mutamento, proprio perché caratterizzato da un ritrarsi dello Stato, ha reso possibile il radicalizzarsi delle istanze di globalizzazione che hanno accentuato ulteriormente il processo di marginalizzazione degli ambiti riservati allo Stato, con conseguente riemersione del mercato e delle sue regole.

Corsi e ricorsi storici direbbe Vico ed in effetti è proprio questa, secondo taluni, la migliore formula per la comprensione del periodo storico che va dagli anni '80 ai giorni nostri. Non è infatti un caso se parte della dottrina abbia parlato di nuova *lex mercatoria* tendenzialmente universale e sovranazionale. Il mondo globalizzato, nonché il processo di unificazione europea, avrebbe così messo in crisi non solo la sovranità dello Stato ma anche la stessa normatività della Costituzione. Secondo alcuni studiosi si sarebbe così restituito alla "mano invisibile" la regolazione del mercato. L'economia globale avrebbe cioè ridotto gli Stati ad "acquirenti di regole piuttosto che costruttori delle medesime"<sup>388</sup>.

Quanto detto sarebbe poi ancor più vero in ambito bancario, dove a "*dettar legge*"<sup>389</sup> sostanzialmente non sono i parlamenti ma il Comitato di Basilea, le cui indicazioni vengono recepite in modo più che zelante dalla Unione Europea e quindi dagli Stati membri. A conferma di ciò si sottolinea infatti che è proprio dal Comitato di Basilea che si rinviene l'idea della introduzione della figura della banca universale, soggetto economico che non solo raccoglie il risparmio ed

---

<sup>387</sup> Parlo di unitarietà in senso parziale proprio per sottolineare che tale dottrina pone come nucleo base delle funzioni delle autorità indipendenti quelle c.d. giurisdicenti, ma che questo non significa che venga esclusa la presenza anche di funzioni autoritative classiche del diritto amministrativo, in cui la funzione svolta non è neutrale.

<sup>388</sup> G. DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. CERRINA FERONI, G. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 108

<sup>389</sup> E' infatti un organismo internazionale formato dalle banche centrali dei paesi partecipanti, non dotato di autonomi poteri normativi, ma le cui indicazioni in tema di vigilanza bancaria vengono recepite dalle direttive UE. In tale senso GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, pag.46.

eroga il credito ma anche attività finanziaria non bancarie, che è stata una delle cause della crisi economica del 2007.

In tale ottica i mercati avrebbero contribuito a creare tali autorità, le quali avrebbero poi mutuato dallo Stato i poteri coercitivi<sup>390</sup>, essendo loro delegate di poteri non solo amministrativi ma anche normativi e para-giurisdizionali, rendendo del tutto peculiare il rapporto intercorrente tra momento politico e quello tecnico.

Parte degli studiosi ha infatti evidenziato come questo, specialmente in ambito di vigilanza bancaria, abbia determinato in realtà un occultamento del momento politico, con conseguente riduzione della responsabilità politica, ed in taluni casi una attribuzione dello stesso alle autorità tecniche<sup>391</sup>.

Questa lettura così articolata non sembra tuttavia del tutto corretta, a meno di non voler correggere parzialmente il tiro, riconoscendo invece a tali autorità una funzione positiva di protezione dell'interesse pubblico alla stabilità, efficienza e concorrenzialità dei mercati.

La volontà di sottrarre alla politica decisioni di tipo tecnico è quindi la ragione della nascita di queste autorità indipendenti, le quali mirano infatti ad impedire la perpetuazioni di inefficienze derivanti dalla intrusione diretta dello Stato sull'economia e sul mercato.

### 1.5 La banca d'Italia ed i dubbi classificatori

I dubbi relativi alla natura della Banca d'Italia sono legati a due principali fattori, quello strutturale societario e quello della eterogeneità funzionale. Nonostante questo già nel 1925 la giurisprudenza della Corte di Cassazione, con le SS.UU del 26 Marzo, definì la Banca d'Italia come Ente Pubblico sulla base delle funzioni di pubblico interesse affidatole. A ciò sia aggiunga che poco dopo, con la Legge Bancaria del 1936 fu positivizzato con dato normativo la sua natura di ente pubblico.

Nonostante ciò parte della dottrina<sup>392</sup> la considerava come soggetto privatistico definendola come una società anonima anomala per la quale comunque doveva trovare applicazione la disciplina commercialistica.

Altra dottrina<sup>393</sup> (Ferri di cui si è già detto nel primo capitolo) invece esaltando il momento sostanziale/finalistico e non ritenendo dirimente quello formale/organizzativo ai fini qualificatori, ne conferma la natura pubblica dell'ente,

---

<sup>390</sup> G.LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica*, in *Amministrazione in cammino*, 23 Novembre 2016, pag.5.

<sup>391</sup> D.SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, cit., p. 13. Alle richiamate attività si può fare riferimento allorquando si invocò la difesa della italianità al manifestarsi di interessi di acquisizione della proprietà di talune banche nazionali da parte di acquirenti esteri: in quel caso, la Banca d'Italia, competente al rilascio dell'autorizzazione, non esercitò il suo potere in modo neutrale ma adottò un atto di indirizzo politico sostanziale.

<sup>392</sup> F.MESSINEO, *Istituti di credito e banche di diritto pubblico*, in *BBTC*, 1937, I, p.21 ss.; Id., *Operazioni di banca e borsa*, 1954, p.497 ss.

<sup>393</sup> G.FERRI, voce *Banca d'Italia*, in *enciclopedia del diritto* vol.V., 1959, p.6.

sulla base del fatto che i fini pubblici fissati dalla legge non erano modificabili attraverso delibera assembleare a differenza delle società per azioni.

Incominciò comunque a consolidarsi non solo in dottrina<sup>394</sup> ma anche in giurisprudenza la tesi per cui la Banca d'Italia fosse un ente pubblico strumentale e non economico in virtù delle funzioni di interesse pubblico rivestite. La Banca d'Italia venne quindi vista come un ente pubblico peculiarmente caratterizzato dalla combinazione di profili imprenditoriali con aspetti pubblicistici di amministrazione di interessi pubblici.<sup>395</sup> Si sostenne infatti che pur nella eterogeneità delle funzioni ad essa attribuite inquadrabili in quella della regolazione del mercato monetario, quella di vigilanza del credito, quella di emissione della carta moneta e tesoreria, nonché in quella di soggetto bancario, queste restavano comunque sempre funzionali a interessi pubblici per espressa previsione di legge.

#### 1.6 La dibattuta natura di autorità indipendente.

La tesi ad oggi prevalente è quella che configura la Banca d'Italia come istituto di diritto pubblico, non per le ragioni sottese all'impostazione sostanzialistica del Ferri, che separa il profilo strutturale/organizzativo da quello funzionalistico per la sua implicita adesione alla tesi della generale neutralità del contratto societario, ma semplicemente per opzione espressa del legislatore, confermata dai recenti interventi normativi sul punto.

Detto questo si deve forse aderire alla tesi meramente organizzativa, che non evidenzia solo la natura privatistico societaria ma tiene in debito conto della espressa scelta del legislatore di dar rilievo (del tutto eccezionale) al profilo pubblicistico, che ha assunto ruolo centrale specialmente a seguito dell'introduzione dell'art.19 l. n. 262/2005 e dell'art.1 dello Statuto del 2015<sup>396</sup> che riconoscono natura di istituto di diritto pubblico e carattere pubblicistico a tutte le funzioni svolte dalla banca d'Italia indipendentemente dalla natura degli atti in cui si esplicano. Se è vero infatti che la struttura organizzativa della Banca è societaria, questa però non mette in discussione la natura pubblicistica del soggetto. Si tratta di un istituto di diritto pubblico pur se strutturato in forma societaria, con chiare deviazioni dal modello privatistico legittimate (in via del tutto eccezionale) dalle previsioni normative richiamate.

Resta però il dubbio se la stessa possa essere configurata anche come autorità indipendente. Con tutta probabilità la soluzione al quesito dipende dal contenuto minimo di autorità indipendente a cui si accede, più ampio si configura lo stesso più è difficile la collocazione di questo ente tra le autorità indipendenti a causa delle notevoli peculiarità rispetto al paradigma di base.

Se si accede ad una definizione di autorità indipendente sulla base del solo profilo strutturale/organizzativo, identificando il contenuto minimo nei concetti di autonomia e indipendenza, allora non si potrà che accordare anche alla Banca

---

<sup>394</sup> DE VECCHIS, voce *Banca d'Italia*, Digesto discipline pubblicistiche, vol.II, 1987, p.160

<sup>395</sup> Cfr. Cass. 3042/52, 1353/79, SS.UU. 3735/94

<sup>396</sup> Approvato con delibera dell'Assemblea straordinaria dei partecipanti al capitale del 26 novembre 2015 e con D.P.R. 15 febbraio 2016 (G.U. n. 84 dell'11 aprile 2016)

d'Italia la qualifica di autorità indipendente (seppur peculiare per la struttura formalmente societaria).

Se per converso si accede ad una ricostruzione più complessa, che metta insieme entrambi i momenti strutturale e funzionale, allora la risposta non sarebbe scontata, proprio a causa di profili funzionali del tutto peculiari rispetto al fenomeno delle autorità indipendenti.

Dal punto di vista strutturale infatti la Banca d'Italia è sicuramente caratterizzata dall'indipendenza ma dal punto di vista funzionale non è neutrale. L'indipendenza dal potere politico è assicurata tanto nella sua dimensione di banca centrale<sup>397</sup> che di autorità di vigilanza<sup>398</sup>, proprio in virtù delle previsioni normative di matrice comunitaria oltre che nazionale.

La neutralità invece è l'indifferenza rispetto agli interessi in campo, che si distingue quindi dalla mera imparzialità che viceversa significa equità comportamentale sulla base del carattere interessato dell'azione amministrativa poiché volta alla cura di interessi pubblici. La banca d'Italia non è quindi neutrale, perlomeno nella sua attività di vigilanza, essendo diretta ad assicurare l'interesse pubblico della sana e prudente gestione (di cui poi si dirà meglio).

La dimensione della neutralità si ricollega alla tesi della funzione c.d. giurisdicente a cui è infatti riducibile il concetto di attuazione neutrale della legge nel settore di riferimento attraverso la predisposizione di regole applicative della norma primaria, la vigilanza sugli operatori, gli accertamenti, la risoluzione dei conflitti e la sanzione delle inosservanze. La funzione giurisdicente così enucleata risulta ben più ampia rispetto a quella giurisdizionale, ricomprendendo anche il regolare oltre che il decidere. La funzione giurisdicente delle autorità indipendenti, si differenzerebbe però dalle funzioni autoritative classiche (ed in specie da quelle caratterizzate da discrezionalità amministrativa), non concretizzandosi attraverso una comparazione tra interessi secondari di natura pubblica o privata con l'interesse pubblico primario, ma trovando spazio mediante l'attuazione della legge (in senso neutrale), intesa come meccanica concretizzazione della volontà astratta contenuta nella norma, cioè riempiendo di contenuto (in via neutrale ed attraverso discrezionalità tecnica) concetti giuridici indeterminati.

---

<sup>397</sup> L'art. 130 TFUE e 7 STATUTO SEBC prevedono che la bce e le bcn ed i singoli membri devono essere indipendenti dalle istituzioni nazionali e comunitarie ed a garanzia di ciò è previsto (art. 11 e 14 Statuto sebc) che la loro carica debba avere una ampia durata e regole restrittive per la revoca. La Banca d'Italia in quanto parte del SEBC deve garantire la piena indipendenza dalle istituzioni italiane e comunitarie (non a caso il nuovo Statuto della banca d'Italia all'art.18 per la revoca del governatore rinvia all'articolo 14.2 dello statuto del SEBC ). Infine è garantita anche l'indipendenza finanziaria della BCE dalla UE (ex 108 TFUE).

<sup>398</sup> L'indipendenza nell'esercizio dei compiti di vigilanza è garantito dall'art. 19 della legge 262/2005, in cui si prevede che *"le disposizioni normative nazionali, di rango primario e secondario, assicurano alla Banca d'Italia ed ai componenti dei suoi organi l'indipendenza richiesta dalla normativa comunitaria per il migliore esercizio dei poteri attribuiti nonche' per l'assolvimento dei compiti e dei doveri spettanti. La Banca d'Italia, nell'esercizio delle proprie funzioni e con particolare riferimento a quelle di vigilanza, opera nel rispetto del principio di trasparenza, naturale complemento dell'indipendenza dell'autorità di vigilanza. Trasmette al Parlamento e al Governo, entro il 30 giugno di ciascun anno, una relazione sull'attività svolta nell'anno precedente"*. Sul punto rilevante è poi la nuova disciplina del MUV. Anche la mancata privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di Banca d'Italia è da contestualizzare con l'esigenza di tutela dell'indipendenza non solo del dipendente ma anche dell'ente, in modo da sottrarre al governo centrale la regolamentazione contrattuale del rapporto.

La Banca d'Italia resta però dal punto di vista funzionale non caratterizzata da neutralità (salvo che per le funzioni contenziose) non esplicando una funzione giurisdicente cioè quella funzione che secondo alcuni autori caratterizzerebbe il fenomeno delle Autorità indipendenti. In tale ottica le Autorità indipendenti infatti almeno tendenzialmente eserciterebbero in prevalenza funzioni riconducibili al modello c.d. giurisdicente e solo in via residuale funzioni autoritative classiche.

Molte delle funzioni invece esercitate dalla Banca d'Italia, seppur non inquadrabili nell'esercizio di un'attività amministrativa attiva, cioè di cura concreta di interesse pubblico, la rendono comunque un soggetto imparziale ma non neutrale.

Solo invece ove si esercitino poteri analoghi a quelli di un giudice allora ben si potrebbe giustificare una ricostruzione in senso neutrale. La Banca d'Italia invece nell'esercizio della funzione di vigilanza è dotata anche di poteri caratterizzati da un certo margine di apprezzamento, il che non implica necessariamente la riconduzione nell'attività amministrativa attiva, ma giustifica invece la collocazione dell'attività amministrativa nell'alveo del controllo di natura indipendente ma non neutrale.

Nonostante ciò la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza unanime ritengono che la Banca d'Italia sia configurabile come autorità indipendente, valorizzando il contenuto minimo strutturale dell'indipendenza. A conferma di ciò si consideri che non sono poche le sentenze del Consiglio di Stato che possono essere addotte a comprova dell'inquadramento tra le Autorità indipendenti. Si pensi alle sentenze<sup>399</sup> che hanno statuito, in assenza di una definizione normativa di autorità indipendente, l'applicabilità del rito abbreviato previsto per tali autorità dall'art. 119 c.p.a. (in precedenza previsto all'art. 23 bis, l. 6 dicembre 1971, n.1034, come introdotto dall'art.4 della l. 21 luglio 2000, n.205) alla Banca d'Italia in virtù della natura di organismo separato dal governo.

---

<sup>399</sup> Ex multis: C.d.S. 5 settembre 2005, n.4521; C.d.S.10 maggio 2013, n.2568.

## 1.7 Breve analisi dell'evoluzione della Vigilanza Bancaria

La Banca d'Italia nel nostro ordinamento ricopre una molteplicità di funzioni<sup>400</sup>, non essendo solo Banca Centrale<sup>401</sup> ma anche Autorità di Vigilanza del sistema bancario e finanziario<sup>402</sup>. Prima di affrontare l'analisi della funzione di vigilanza, si devono però porre in risalto le premesse teoriche sulle quali si fonda il nostro sistema di vigilanza, il quale si muove secondo la logica della finalità. Questo significa che non vi è un'unica autorità che si occupi di perseguire tanto la stabilità del sistema bancario quanto della trasparenza del mercato mobiliare e che supervisioni tutti gli intermediari finanziari. Il sistema di vigilanza non è quindi accentrato (o per tipo di impresa) ma specializzato (cioè ripartito in base alle finalità).

Non si tratta poi di una vigilanza strutturale ma prudenziale, questo significa che non si mira ad intervenire sulla struttura del mercato ma al controllo dei rischi assunti dal singolo intermediario in base alla sua situazione patrimoniale finanziaria ed organizzativa.

Per comprendere però pienamente le predette nozioni può essere utile una breve ricostruzione della evoluzione del concetto di vigilanza per come si è sviluppato nel nostro ordinamento.

Fino alla legge bancaria del 1926 la disciplina della banche era sostanzialmente quella delle altre imprese, solo quindi nel 1926 il legislatore predispone una prima disciplina organica del settore prevedendo un sistema di autorizzazioni da parte del Ministero delle Finanze (es. per l'inizio dell'attività) e fissando regole prudenziali minime come le previsioni impositive di un capitale minimo, di obblighi di investimenti in titoli di stato, di limiti di fido per singoli operatori o ancora l'obbligo di inviare alla B.d.I. i bilanci e le situazioni periodiche. La legge bancaria del 1926 diede quindi vita ad un sistema di vigilanza che metteva al centro il Ministero delle Finanze a cui si affiancava, in funzione consultiva, la Banca

---

<sup>400</sup> Le principali funzioni della Banca d'Italia sono quelle volte ad assicurare la stabilità monetaria e la stabilità finanziaria in modo da poter consentire un duraturo sviluppo dell'economia. Le funzioni più specificatamente curate dalla stessa sono quindi quelle di:

- a) politica monetaria
- b) cambi e Riserve ufficiali
- c) operazioni per conto del MEF
- d) portafoglio d'investimento
- e) sistema dei pagamenti
- f) supervisione sui mercati
- g) sorveglianza sul sistema dei pagamenti
- h) tesoreria
- i) emissione di biglietti
- j) ricerca economica e relazioni internazionali
- k) vigilanza
- l) gestione delle crisi

<sup>401</sup> Bisogna sottolineare come tale veste non è più esercitata in modo autonomo dalle Banche centrali dei singoli Stati aderenti all'euro, ma si realizza attraverso l'Eurosistema che è costituito dalla Banca Centrale Europea e dalle banche centrali degli Stati membri dell'Unione, l'Eurosistema infatti persegue i propri obiettivi tramite una politica monetaria unica.

<sup>402</sup> In altri ordinamenti questo non accade, essendo separate le funzioni legate alla politica monetaria da quelle di vigilanza, sulla base della tesi per cui la stabilità del sistema finanziario in alcuni casi può entrare in conflitto con l'esigenza di stabilità monetaria, nonché in un'ottica di separazione di poteri.



d'Italia<sup>403</sup>, alla quale era però attribuito il monopolio nella emissione della moneta<sup>404</sup> oltre che il potere di emanare provvedimenti sanzionatori di natura pecuniarie per la violazione della normativa<sup>405</sup>.

Una disciplina ben più corposa, in conseguenza della crisi del 1929, si ebbe poi solo con la legge bancaria del 1936, la quale rafforzò il rilievo pubblicistico dell'attività bancaria caratterizzando la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito come funzioni di interesse pubblico. La nuova legge determinò l'unificazione ed il passaggio dei poteri di vigilanza, in precedenza di competenza di vari Ministeri, all' Ispettorato per la difesa del risparmio e l'esercizio del credito a capo del quale venne posto il Governatore della Banca d'Italia. Tale Ispettorato era però sottoposto alle direttive di un Comitato di ministri presieduto dal capo del governo e composto dai ministri delle Finanze, dell'Agricoltura e delle Corporazioni. La legge bancaria affidò così ad un'unica struttura pubblica, non solo la difesa del risparmio e la disciplina della funzione creditizia, ma anche gran parte dei controlli rispetto al risparmio destinato ad investimenti<sup>406</sup>. In realtà solo apparentemente il controllo fu trasferito dalla Banca d'Italia ad un organo burocratico sottoposto alla direzione del governo, perché le carenze strutturali ed organizzative dell'Ispettorato resero necessario il ricorso alle competenze della B.d.I. Alla Banca d'Italia venne così riconosciuta la natura di ente pubblico e le fu posto il divieto di operare con soggetti diversi dalle banche.

La mancata indicazione, in termini puntuali, nella legge del 1936 degli obiettivi che nell'esercizio della funzione di vigilanza dovessero essere perseguiti, fu una delle ragioni della elasticità delle relative previsioni normative e della conseguente idoneità della relativa disciplina ad adeguare i propri strumenti di vigilanza al decorso del tempo. Questo però determinò un utilizzo dei relativi poteri di vigilanza anche per realizzare politiche monetarie nonché un costante sacrificio della libertà di iniziativa economica (e quindi della tutela della concorrenza) per assicurare la stabilità del sistema finanziario, in virtù delle conseguenze derivanti dalla lezione della crisi del 1929.

La nuova legge bancaria accolse il principio di specializzazione dell'attività all'art.1 prevedendo che le attività di raccolta di risparmio fra il pubblico e di esercizio del credito fossero funzioni di interesse pubblico, giustificando la suddivisione dei controlli tra aziende di credito (disciplinate dal Titolo V, volte a raccogliere il risparmio a breve) e gli istituti di credito (disciplinati dal Titolo VI, volti invece a raccogliere il risparmio a medio e lungo termine)<sup>407</sup>. Questo sistema di vigilanza, basato sulla specializzazione temporale ed operativa degli intermediari, su regole strutturali e sull'assenza di finalità, resse fino agli anni '80.

In realtà già dai primi anni '70<sup>408</sup> incominciò la crisi del sistema delineato dalla legge bancaria del 1936, alla luce dell'avvio dei processi di "despecializzazione"

---

<sup>403</sup> M.CLARICH, *Autorità creditizie*, in T.U.B., *commentario a cura di M.Porzio, F.Belli, G.Losappio, M.Rispoli Farina, V.Santoro*, 2010, pag. 22.

<sup>405</sup> E.GALANTI, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012, p.69

<sup>406</sup> F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, p. 70

<sup>407</sup> F.GIORGIANNI, C. M.TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, p. 71

<sup>408</sup> Già a partire dagli anni '70 si avviò cioè un processo di "despecializzazione" bancaria anche in virtù della sempre maggior diffusione degli strumenti finanziari che incominciarono ad alterare un sistema bancario ancora ancorato alle logiche tradizionali della raccolta del risparmio e dell'esercizio del credito. I confini delimitatori della tradizionale ricostruzione dicotomica tra

e “*disintermediazione*” bancaria, ma solo negli anni ‘80 si realizzarono i primi significativi mutamenti del quadro normativo di riferimento.

Negli anni ‘80 infatti furono recepite la direttiva 77/780/CEE<sup>409</sup> e la direttiva 89/646/CEE<sup>410</sup>. Le due direttive di coordinamento in materia bancaria determinarono una riduzione dei vincoli all’accesso al mercato del credito, non più legati a valutazioni (strutturali) relative al bisogno del mercato del credito ma a requisiti oggettivi, ed eliminarono i vincoli di specializzazione temporali ed operativi. Fu quindi fortemente ridimensionata l’area della discrezionalità, in passato sconfinata, riconosciuta alle autorità di vigilanza e l’unico vincolo strutturale lasciato in piedi fu quindi quello della separazione tra banca ed industria, caduto solo con il d.l.195/2008. Furono così eliminate anche le barriere che impedivano la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi nella Comunità economica europea, attraverso il principio del mutuo riconoscimento e dell’*home country control*.

La vigilanza strutturale, a partire dagli anni 80, ha quindi ceduto il passo all’affermarsi di una vigilanza di tipo prudenziale e ciò si deve soprattutto all’accoglimento degli accordi di Basilea nelle direttive Comunitarie poi recepite dagli ordinamenti nazionali.

Il processo di mutazione partì infatti con l’accordo di Basilea del 1988 sottoscritto dalle banche centrali dei paesi del G-10, poi trasfuso nelle direttive 89/299/CEE ed 89/647/CEE, che impose livelli di patrimonializzazione minimi in rapporto all’operatività per assicurare non solo stabilità in presenza di perdite ma anche per creare un *level playing field*, evitando così anche fenomeni di concorrenza al ribasso nella adozione delle regole prudenziali a livello nazionale<sup>411</sup>.

Solo poi nel 1993 venne superata, attraverso il T.u.b., la legge bancaria del 1936 e la relativa legislazione speciale. Le autorità di vigilanza restarono le stesse e le previsioni normative continuarono a contenere clausole generali che lasciavano margini di discrezionalità alle relative autorità, le quali assunsero un rilievo ancora maggiore grazie all’opera di delegificazione avvenuta attraverso l’abrogazione di norme di legge e la sostituzione delle stesse con la disciplina di dettaglio rimessa alla elaborazione delle stesse autorità di vigilanza. Il cambio di passo, al di là di

---

aziende ed istituti di credito, incominciarono così a sfumare alla luce delle prassi sviluppatasi in quel periodo storico. A tale processo si affiancò poi anche quello della “*disintermediazione*” bancaria derivante dalla nascita di nuovi intermediari non bancari.

<sup>409</sup> La prima direttiva venne recepita solo nel 1985 (D.P.R. 350/1985) ed ha determinato il riconoscimento del diritto all’ingresso nel mercato bancario al rispetto di requisiti prescritti dalla legge, riducendo così la discrezionalità della Banca d’Italia.

<sup>410</sup> La seconda direttiva di coordinamento bancario, dir. 89/646/CEE era volta all’armonizzazione essenziale per pervenire ad un reciproco riconoscimento (c.d. principio del mutuo riconoscimento) delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale, in modo tale che il rilascio di un’unica autorizzazione potesse essere valida in tutta la Comunità e si potesse lasciare spazio alla vigilanza dello Stato membro d’origine. (4° considerando). Tale direttiva era volta quindi anche ad affermare il riconoscimento reciproco delle attività esercitate, tramite stabilimento di una succursale o mediante libera prestazione di servizi, da un ente creditizio autorizzato in uno Stato membro (13° considerando). Allo Stato membro d’origine spettava in virtù del principio dell’*home country control* la responsabilità in materia di vigilanza sulla solidità finanziaria, e in particolare, sulla sua solvibilità, mentre l’autorità dello Stato membro ospitante manteneva le sue responsabilità in materia di vigilanza sulla liquidità e di politica monetaria (11° considerando e art. 13). In tal senso E.GALANTI, Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall’Unità d’Italia al 2011, Marsilio, 2012, p.158.

<sup>411</sup> Per approfondimenti si veda C.BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 2016.

questo, fu però di tutto rilievo essendo disposta anche la finalizzazione della vigilanza attraverso la previsione contenuta nell'art. 5, il quale prevede come obiettivo microeconomico della stessa, la sana e prudente gestione del soggetto sottoposto alla vigilanza, e come obiettivi macroeconomici anche la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario nonché infine l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

Queste finalità macroeconomiche, del tutto compatibili con la tutela della concorrenza, hanno di fatto impedito<sup>412</sup> un utilizzo distorto della funzione di vigilanza, non essendo più legittime le limitazioni della concorrenza in passato realizzate attraverso una funzione di vigilanza non teleologicamente ordinata. Con tale finalizzazione non si pose però fine completamente alla confusione tra funzione di vigilanza e di politica monetaria, in quanto l'art. 147 t.u.b. prevedeva che tali poteri potessero essere usati per realizzare obiettivi di politica monetaria.

La clausola generale della sana e prudente gestione ha fatto comunque residuare un certo margine di discrezionalità all'autorità di vigilanza. Questa formula così indefinita è presente in numerose disposizioni di attuazione del principio contenuto nell'art.5 del testo unico (si pensi agli artt. 14, 19, 56, 58) tanto da poter essere considerata la clausola cardine del T.u.b.

Il Testo unico ha poi tripartito la vigilanza in regolamentare, ispettiva ed informativa. Queste forme di vigilanza hanno nel tempo visto un'alterazione ed evoluzione nella loro applicazione. Nella seconda metà degli anni 90 la Banca d'Italia ha infatti incominciato ad ampliare il peso e lo spazio applicativo tanto della vigilanza regolamentare sull'organizzazione che della vigilanza informativa. La prassi di vigilanza della Banca d'Italia ben presto ricominciò però a ritagliarsi spazi di discrezionalità sempre più ampi, specie nei controlli autorizzatori<sup>413</sup>.

Alla fine degli anni '90, sulla base delle criticità evidenziate<sup>414</sup> specialmente dalle grandi banche internazionali, che vedevano nel coefficiente di solvibilità con ponderazione non differenziata una limitazione eccessiva alla potenzialità espansive all'attività bancaria e finanziaria, si avviò la discussione che portò poi al nuovo accordo di Basilea del 2004, trasfuso nelle direttive 2006/48/CE 2006/49/CE, ed entrato in vigore nel 2007.

L'accordo di Basilea II ebbe come finalità quella di rimediare a tali criticità e fu costruito intorno a tre pilastri cioè su una diversa regolamentazione dei requisiti

---

<sup>412</sup> In realtà ciò non sempre è avvenuto in tema di autorizzazioni come ben dimostra la vicenda Antonveneta, sul punto D.SCILARI, *Costituzione ed autorità di vigilanza bancaria*, 2007, p.288; S.AMOROSINO, *I modelli delle vigilanze pubblicistiche sui mercati finanziari*, in *Bancaria*, 2005, 3, p.37.

<sup>413</sup> C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario* a cura di F.Capriglione, 2015, p.187

<sup>414</sup> Le principali criticità evidenziate all'accordo di Basilea 1 erano infatti l'assenza di un coefficiente di solvibilità con ponderazione differenziata e la mancata considerazione del rischio operativo.

patrimoniali minimi<sup>415</sup>, sul controllo prudenziale dell'adeguatezza patrimoniale<sup>416</sup> e sulla disciplina del mercato<sup>417</sup>. Tale accordo è stato poi recepito dalla Unione Europea quasi integralmente attraverso la direttiva 2006/48/CE.

In virtù delle criticità evidenziate dalla crisi del 2007, il comitato di Basilea fu costretto a rimettere mano nuovamente agli accordi di Basilea e nel 2011 si è arrivati all'accordo di Basilea 3 con cui si è imposto un innalzamento dei requisiti di patrimonializzazione per gli intermediari.

In sintesi, l'impianto sorto dopo la crisi del 2007, non ha modificato nella sostanza il modello di vigilanza che resta sempre prudenziale, ed ha previsto semplicemente dei correttivi al sistema di Basilea II<sup>418</sup>.

L'accordo di Basilea III è stato poi riprodotto nella disciplina comunitaria attraverso la direttiva CRD IV, 2013/36/UE ed il regolamento CRR, n.575/2013 che hanno risposto da un lato all'esigenza di un rafforzamento patrimoniale delle

---

<sup>415</sup> Il primo pilastro era quello dei requisiti minimi di capitale che la banca deve detenere a fronte dei rischi di credito, di mercato ed operativi collegati allo svolgimento dell'attività. Il coefficiente patrimoniale minimo da detenere a fronte del rischio di credito restava pari all'8% della attività totale ponderate per il rischio, come già stabilito in Basilea 1, ciò che invece cambiava sensibilmente era il denominatore del rapporto, essendosi infatti ampliati i coefficienti di ponderazione ed i rischi da considerare per la valutazione del capitale che la banca doveva avere a copertura dei rischi. Il nuovo accordo incentivava cioè le banche a ponderare in maniera differenziata le singole esposizioni in base cioè all'effettivo grado di rischio. Veniva infatti prevista la tripartizione del rischio in tre categorie: rischio di credito, rischio di mercato e rischio operativo. (S.ZAMBELLI, *Basilea 2 e rating delle imprese: caratteristiche e finalità del nuovo accordo sul capitale nella valutazione del rischio di credito*, in *Principi contabili internazionali e Basilea 2. L'impatto sulle PMI a cura di Giuseppe Savioli*, 2008, p.50 e ss)

<sup>416</sup> Il secondo pilastro invece era quello relativo alla attribuzione alla autorità di vigilanza il compito di valutare le tecniche di allocazione del capitale adottate dalle banche, la loro adeguatezza patrimoniale ed il rispetto degli standard prestabiliti. (S.ZAMBELLI, *Basilea 2 e rating delle imprese: caratteristiche e finalità del nuovo accordo sul capitale nella valutazione del rischio di credito*, in *Principi contabili internazionali e Basilea 2. L'impatto sulle PMI a cura di Giuseppe Savioli*, 2008, p.51)

<sup>417</sup> Il terzo pilastro invece era quello relativa all'aumento della trasparenza delle banche rispetto al mercato, essendo disciplinato in maniera più puntuale le informazione che le banche sono tenute a rivelare al pubblico. (S.ZAMBELLI, *Basilea 2 e rating delle imprese: caratteristiche e finalità del nuovo accordo sul capitale nella valutazione del rischio di credito*, in *Principi contabili internazionali e Basilea 2. L'impatto sulle PMI a cura di Giuseppe Savioli*, 2008, p.51)

<sup>418</sup> La tendenza alla deregolamentazione produsse infatti una crescita non controllata dei rischi e l'indebolimento dell'autorità di controllo, specialmente sotto il profilo della tempestività degli interventi. Tale tendenza era infatti stata recepita nel secondo accordo di Basilea che aveva legittimato una riduzione degli oneri di capitalizzazione minima. Alla luce della crisi del 2007 si decise quindi di operare un revirement rispetto all'accordo del 2004 attraverso il c.d. Basilea 3. Ciò consentì l'avviò all'interno dell'Ue quindi un ripensamento del sistema di vigilanza reputato non più idoneo a prevenire e fronteggiare le crisi finanziarie e vennero quindi istituite nuove autorità (CERS, SEVIF, ABE, AESFEM, AEAP).

banche<sup>419</sup>, dall'altro alla richiesta di regole del governo societarie più rigide specialmente in tema di remunerazione del *management*<sup>420</sup>.

Si sono in queste contesto poste le basi per un ripensamento più complessivo del sistema della vigilanza, il perdurare della crisi finanziaria ha infatti posto l'esigenza di superare i limiti e le debolezze del sistema dei controlli sulla finanza. L'inefficacia dei rimedi nazionali rispetto alle problematiche legate ad un mercato comune e globalizzato ha disvelato la carenza di coordinamento tra le varie autorità nazionali e sulla base delle indicazioni fornite dalla Commissione Europea si è avviato il processo di Banking Union<sup>421</sup>. La crisi ha cioè permesso di evidenziare le inadeguatezze di un sistema di vigilanza armonizzata e retta dal principio dell'home country control. Tale modello, frutto delle direttive europee degli anni 70, benché estremamente utile per incipiente il processo di integrazione e per aprire la strada alla libera circolazione e alla concorrenza il mercato bancario europeo, ha nel corso del tempo mostrato i suoi limiti legati per lo più alla nascita di imprese bancarie sovranazionali e di dimensioni eccedenti le effettive possibilità di controllo delle singole Autorità nazionali ed Europee. La Banking Union in tale ottica costituisce la concretizzazione delle esigenze di superamento del modello della vigilanza nazionale armonizzata e l'affermazione di un nuovo modello di vigilanza europea integrata.

## 1.8 Poteri regolamentari (normativi) ed autorizzatori della Banca d'Italia nell'esercizio della funzione di vigilanza.

La funzione di vigilanza sulle banche è qualificabile come una funzione amministrativa di controllo<sup>422</sup>, nel senso di verifica della regolarità o

---

<sup>419</sup> L'innalzamento dei requisiti patrimoniali è avvenuto attraverso l'introduzione di correttivi nella disciplina dei coefficienti di solvibilità e dei rischi di mercato. Le correzioni hanno inciso:  
-sulla qualità degli strumenti che sono computabili nel patrimonio,  
-sul sistema delle ponderazioni e quindi sul metodo di calcolo relativamente ai rischi di mercato,  
-attraverso la previsione di un coefficiente di limitazione della leva finanziaria,  
-attraverso il riconoscimento della possibilità per le autorità di imporre alla banche di detenere una certa quantità di patrimonio aggiuntivo per contenere i rischi di un'eccessiva concessione del credito nei periodi di espansione economica,  
-nonché attraverso l'aumento del coefficiente patrimoniale previsto per gli intermediari di grandi dimensioni il cui fallimento potrebbe produrre rischi sistemici.  
Per approfondimenti si rinvia a C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in Manuale di diritto bancario e finanziario a cura di F.Capriglione, 2015, p.197

<sup>420</sup> Si è infatti accertato che la tendenza all'assunzione di rischi eccessivi ha avuto storicamente una correlazione significativa con l'implemento degli strumenti finanziari di incentivazione alle performance aziendali di breve periodo che possono porsi in termini conflittuali rispetto alla esigenza di sana e prudente gestione di lungo periodo. Per approfondimenti si rinvia a C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in Manuale di diritto bancario e finanziario a cura di F.Capriglione, 2015, p.198

<sup>421</sup> L'unione bancaria si fonda su due pilastri cioè il Meccanismo di vigilanza unico (istituito con il Reg. UE n.1024/2013) ed il Meccanismo di risoluzione unico (istituito con il Reg. UE n.806/2014), che hanno come base un unitario corpus normativo (single rule book, composto da CRD IV, CRR e BRRD) che si applica a tutti i paesi della Ue. Per approfondimenti sul tema si rinvia a *L'unione bancaria europea* a cura di V.Santoro e M.P.Chiti, 2016; M.MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale, n.73, 2013.

<sup>422</sup> In tale senso S.AMOROSINO, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche nel nuovo Testo Unico in materia delle leggi creditizie*, in *Le banche. Regole e mercato dopo il Testo Unico delle leggi creditizie*, 1995, pag. 83 e ss. Sul punto tuttavia le posizioni della dottrina sono più articolate non solo in senso alla stessa tesi della qualificazione della vigilanza come attività di

legittimità dell'attività imprenditoriale privata, la quale è però strettamente connessa ed inerente ad interessi pubblici di primario rilievo quali la tutela del risparmio, la stabilità del sistema finanziario e l'equilibrato sviluppo del mercato. Proprio la connessione con tali preminenti interessi pubblici fa sì che tale funzione presenti delle evidenti peculiarità caratterizzanti<sup>423</sup>, essa si estrinseca infatti in un controllo globale sull'attività bancaria avendo di mira l'organizzazione, la struttura e la gestione operativa dell'ente. Il controllo strutturale è preventivo, mentre quello sulla gestione ha una dimensione temporale c.d. permanente.

Secondo l'art. 4 del tub la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, formula le proposte per le deliberazioni di competenza del CICR previste nel titolo II ed emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza.

Questa norma per quanto centrale nella definizione dei poteri che nell'esercizio della funzione di vigilanza sono attribuiti alla Banca d'Italia, non ha però carattere esaustivo essendo sicuramente individuabili ulteriori poteri ad essa riconosciuti nell'esercizio della predetta funzione e disciplinati dallo stesso Testo Unico. Si consideri ad esempio che si fa riferimento solo alle proposte per le deliberazioni del CICR e non quelle ministeriali o a quelle alle altre autorità e alla BCE pur presenti, oppure al fatto che prende in considerazione solo atti di natura provvedimento, trascurando anche la presenza di atti di natura non provvedimento come i pareri.

Si possono infatti distinguere i poteri riconosciuti alla Banca d'Italia nell'esercizio della funzione di vigilanza, in poteri che si concretizzano in atti di natura provvedimento e poteri che si concretizzano in atti non provvedimenti.

Gli atti provvedimenti vengono distinti in regolamenti, in atti amministrativi generali ed infine in provvedimenti particolari.

I regolamenti sono atti normativi generali ed astratti, emanati nei soli casi previsti dalla legge e nel rispetto delle deliberazioni del CICR. Relativamente al potere regolamentare l'articolo principale di riferimento è il 53 e si concretizza in atti formalmente amministrativi ma di sostanza normativa in quanto fonte del diritto<sup>424</sup>.

Gli atti amministrativi generali<sup>425</sup> invece sono provvedimenti a carattere precettivo destinati a tutti i soggetti sottoposti alla relativa vigilanza e la cui mancata

---

controllo (L.TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, 1992 p.1 e ss.) ma anche rispetto alla tesi minoritaria che invece la qualifica come attività di amministrazione attiva (L.ARCIDIACONO, *La vigilanza del diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*, p.180).

<sup>424</sup> Per l'ammissibilità di poteri regolamentari (O.CAPOLINO, *La potestà regolamentare*, La nuova legge bancaria, Milano, 1996, p.113 e ss.; F.POLITI, voce *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in Enc. Gur. Treccani, 2001) in senso contrario (A.ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 2000, p.52) considerando che i provvedimenti della Banca d'Italia abbiano in realtà efficacia solo per i soggetti sottoposti alla vigilanza dell'autorità. In senso contrario del resto (P.BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, op.cit., p.55 e 56) si è però osservato che il tub all'art. 4 differenzia nettamente i regolamenti dalle istruzioni ed in secondo luogo l'art.8 preveda la pubblicazione sulla G.U. per i provvedimenti di carattere generale destinati anche soggetti diversi da quelli sottoposti alla vigilanza.

<sup>425</sup> Le istruzioni di vigilanza sono considerate atti amministrativi generali (P.BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, p.56; in tal senso M.CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della*

osservanza non determina invalidità (come per i regolamenti), ma solo l'applicazione di sanzioni amministrative.

Infine ci sono i provvedimenti particolari destinati a soggetti determinati. All'interno di questa categoria ritroviamo i poteri autorizzativi<sup>426</sup>, di accertamento, sanzionatori. Quanto ai poteri autorizzativi gli articoli di riferimento principali sono dunque il 14, il 56 ed il 57 e si concretizzano in atti provvedimentali di natura particolare.

## **2) Dalla autorizzazione ad un accertamento preventivo di sana e prudente gestione.**

Per la trasformazione delle banche popolari in società per azioni, l'art. 31 non richiama più il concetto di autorizzazione (rilasciata nell'interesse dei creditori o per esigenze di rafforzamento patrimoniale ovvero ai fini di razionalizzazione del sistema) ma quello di accertamento di sana e prudente gestione. Per poter comprendere se la sostituzione del vocabolo autorizzazione con quello di accertamento, in virtù del richiamo da parte dell'art.31 all'art.56 del t.u.b., abbia prodotto una modifica del potere o della funzione esercitata dalla Banca d'Italia bisogna preventivamente comprendere il significato e l'evoluzione che la nozione di autorizzazione ha assunto nel tempo, nonché il significato della discrezionalità tecnica e la sua incidenza nei procedimenti autorizzatori bancari. Si potrà così anche stabilire se questo mutamento della definizione normativa risponda o meno ad una logica semplificatoria. Tutto questo sarà poi infine utile anche per valutare l'attualità o meno della tesi elaborata dal Giannini sull'ordinamento sezionale del credito.

### 2.1 Il concetto di autorizzazione e la sua evoluzione.

La dottrina pubblicistica italiana non prestò grande attenzione al provvedimento di autorizzazione, almeno fino a quando, nel 1894, Oreste Ranelletti non pubblicò la parte prima della "*Teoria delle autorizzazioni e concessioni amministrative*". A ragion di rigore, bisogna però specificare che sino a tal momento, non si era dato il giusto rilievo non solo all'autorizzazione ma anche e soprattutto alla più generale categoria del provvedimento amministrativo. Si comprende allora la grande innovazione del pensiero di Ranelletti, il quale non solo approfondì l'analisi di due provvedimenti amministrativi ma addirittura ne elaborò una teoria generale, attraverso una ricostruzione analoga a quella che aveva trovato spazio nel diritto privato per i negozi giuridici, pur non riducendo l'atto amministrativo ad un mero contratto.

---

*Banca d'Italia*, p.62, sottolinea come l'art. 4 del tub dimostri di distinguere in modo netto tra regolamenti ed istruzioni; su posizione analoga anche B.G.MATTARELLA, *Potere normativo della banca d'Italia*, p.240 ove fa notare come alla luce dell'art.4 le istruzioni possano essere emanate anche al di fuori dei casi in cui siano esplicitamente previste), dubbi sono prospettati da S.CASSESE (Istituzioni di diritto amministrativo, p.328). Li classifica come atti normativi (seppur in relazione alle disposizioni di vigilanza) invece S.AMOROSINO (*La regolazione pubblica delle banche*, 2016, p.131), anche se (*Il tempo ed i termini nelle regolazioni pubbliche delle attività finanziarie*, in AA.VV., *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, 2018, p.27 e ss.) pone in luce la dequotazione nel diritto amministrativo contemporaneo della distinzione tra atti normativi e non normativi.

<sup>426</sup> Sul punto si consideri comunque che il nuovo MUV ha introdotto un sistema di coamministrazione tra Bce ed Autorità nazionale per molte autorizzazioni.

Secondo Ranelletti l'autorizzazione sarebbe legata ad un'attività giuridica di prevenzione dello Stato, tesa ad impedire che l'attività del singolo possa contrastare con le esigenze pubbliche ed il provvedimento autorizzativo determinerebbe quindi solo la rimozione di un limite all'esplicarsi dell'attività individuale. Alla base della impostazione del Ranelletti vi era quindi la constatazione della preesistenza della situazione giuridica soggettiva, declinata nelle forme del diritto soggettivo, non trovando spazio alcuno per gli effetti costitutivi connessi al provvedimento, che rappresenterebbe proprio l'elemento differenziale dalla concessione. Con l'autorizzazione non verrebbe infatti creato alcun diritto soggettivo dalla amministrazione, lo stesso infatti preesisterebbe seppur in una dimensione meramente potenziale, divenendo attuale e quindi esercitabile solo quando la pubblica amministrazione abbia accertato che siano osservate, in modo conforme all'interesse tutelato dalla legge, tutte le condizioni poste dalla legge come limiti al libero espletamento dell'attività individuale.

In tale ottica benché l'attività di prevenzione e tutela, connessa all'autorizzazione, sia unilaterale come quella di concessione, essa esprimerebbe però una soggezione del privato allo Stato ancor più rilevante escludendosi qualsiasi forma di concorrenza del privato alla formazione del provvedimento, a differenza della concessione.

Mentre poi l'autorizzazione richiederebbe come presupposto solo che gli atti permessi non contrastino con le esigenze pubbliche essendo essenziale quindi la mera inidoneità a far male, nella concessione verrebbe in rilievo anche la capacità di far bene.

La dottrina pubblicistica successiva, nella eterogeneità delle relative visioni, seppur fortemente influenzata dal pensiero del Ranelletti, ebbe però il merito di mettere in risalto non solo il criterio funzionale ma anche quello soggettivo. Sebbene fosse infatti confermata la tesi della preesistenza della situazione soggettiva, rispetto alla quale l'autorizzazione determinerebbe una rimozione di limite al suo esercizio, si evidenziò come nelle sole autorizzazioni in senso stretto (non quelle accordate dal parlamento al governo, essendoci l'unità della personalità dello Stato) vi fosse una duplicità sotto il profilo soggettivo<sup>427</sup>.

Altra dottrina si limitò invece a precisare l'intuizione del Ranelletti secondo cui nel caso in cui è necessaria un'autorizzazione, ci si troverebbe in una situazione di proibizione condizionata rispetto ad una certa attività. Tale dottrina ha infatti evidenziato come l'autorizzazione non si limiterebbe a derogare un divieto, trattandosi di una situazione più complessa in cui una norma più ampia attribuisce un diritto ed un'altra norma la deroga ponendo un divieto. In tale ottica l'autorizzazione rimuoverebbe il relativo divieto<sup>428</sup>.

La successiva dottrina<sup>429</sup> cominciò poi ad evidenziare la necessità di distinguere le autorizzazioni in senso stretto dagli atti complessi come le approvazioni ed i consensi, incrinando le potenzialità di una ricostruzione teorica generale.

Sulla base di questa prima lieve incrinatura alla tesi del Ranelletti, si aprì la strada per una rivisitazione della nozione di autorizzazione anche e soprattutto per il

---

<sup>427</sup> S.ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in Il Filangieri, 1898, 164 ss.

<sup>428</sup> U.FORTI, *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, in Riv. dir. Civ., 1913.

<sup>429</sup> U.BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, 1915, vol.II, parte II, 125 ss.



rilievo dimensionale, tanto da un punto di vista quantitativo quanto qualitativo, che l'intervento del pubblico nell'economica stava assumendo. In un contesto così mutato si aprì ben presto una nuova dimensione per l'autorizzazione, non vista più solo come confronto tra interesse pubblico e attività del privato. In tale ottica l'autorizzazione serviva infatti a conformare l'attività del privato all'interesse positivo e non meramente negativo (cioè del non contrasto tra attività privata e interesse pubblico) dello stato. L'autorizzazione aveva cioè assunto la funzione economica di governo del settore di riferimento, dunque attraverso l'autorizzazione il potere pubblico aveva la possibilità di incidere sul mercato e condizionarlo<sup>430</sup>.

Tutto ciò fu confermato e positivizzato con l'entrata in vigore della Costituzione. Le tesi relative al provvedimento autorizzativo, dovettero fare i conti con il dettato dell'art.41 ed in special modo con la previsione per cui l'attività economica può essere indirizzata e coordinata a fini sociali attraverso programmi e controlli stabiliti per legge.

La tesi ranellettiana, secondo cui l'autorizzazione miri solamente ad una funzione di tutela e prevenzione (negativa), non potendo essere utilizzata come strumento per il conseguimento di obiettivi sociali (positivi), dovette infatti fare i conti con il comma 3 dell'art. 41<sup>431</sup>. Questo non significò un completo ripudio della tesi del Ranelletti ma solo una sua rilettura adeguatrice alla luce dei mutamenti economici e normativi. Dottrina autorevole<sup>432</sup> infatti ritenne confermata anche dall'impianto costituzionale la tesi del diritto soggettivo preesistente (attribuito dall'art.41 cost.) e condizionato all'autorizzazione<sup>433</sup>.

La vera crisi e messa in discussione della tesi del Ranelletti si ebbe infatti solo con l'affermarsi di quelle tesi dottrinali che cominciarono a riconoscere effetti costitutivi al provvedimento autorizzativo, mettendo in crisi la differenziazione con il provvedimento concessorio e negando quindi fondatezza alla relativa impostazione. Un illustre autore riteneva addirittura inconciliabile l'affermazione della preesistenza di un diritto con la qualificazione in termini di illiceità dell'attività compiuta in assenza di autorizzazione<sup>434</sup>. La tesi del Ranelletti fu quindi contestata nelle sue fondamenta, sulla base della concezione per cui il significato letterale di autorizzazione presuppone l'inesistenza del diritto o del potere, i quali vengono conferiti con il provvedimento.

Al di là di queste tesi più radicali, grande rilievo nel quadro di crisi della teorica dell'autorizzazione, hanno assunto le valutazioni di Giannini, il quale partendo da una prospettiva di analisi complessiva dei procedimenti autorizzatori sotto l'aspetto non solo strutturale e funzionale, era giunto a ritenere che sotto il primo

---

<sup>430</sup> S.CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 1995, p.14 ss.

<sup>431</sup> U.POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 1964, p.117.

<sup>432</sup> Sandulli infatti pur ritenendo non esaustiva la nozione di rimozione di limite, segue un iter logico assimilabile a quello del Ranelletti, premettendo infatti la distinzione tra diritto soggettivo (situazione statica) e potestà e facoltà (situazioni dinamiche che presuppongono il diritto soggettivo), ritiene che le autorizzazioni incidano solo sulla situazione dinamica pur avendo lo stesso fondamento nella situazione statica cioè nel diritto soggettivo. Le autorizzazioni non avrebbero effetti costitutivi, ma consentirebbero alla situazione dinamica contenuta in stato di latenza nel diritto soggettivo di trovare una dimensione attuale, rendendosi quindi esercitabili.

<sup>433</sup> A.M.SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in Riv. Trim. dir. Pubb., 1957, 784 e ss.

<sup>434</sup> S.ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in scritti giuridici in onore di Santi Romano, Padova, 1940, vol.II, 251 e ss.

profilo<sup>435</sup> questi avessero una struttura logica tripartita (potere del privato, connotazione giuridica del potere da parte di norma, provvedimento che amministra tale connotazione giuridica)<sup>436</sup>, mentre sotto il profilo funzionale<sup>437</sup> il carattere definitorio fosse quello della subordinazione dell'indispensabile minimo, nella duplice dimensione del controllo o della programmazione<sup>438</sup>. L'approccio del Giannini fu però assolutamente innovativo per completezza ed esaustività, non limitando la sua analisi a questi profili (strutturali e funzionali) considerando determinante il profilo degli effetti giuridici del provvedimento come conferma la distinzione, a lui riconducibile, tra autorizzazioni costitutive e permissive<sup>439</sup>. Il Giannini superò pertanto quella relazione tra connotati struttural/funzionali dell'atto e situazione giuridica soggettiva, che aveva caratterizzato le precedenti visioni dottrinarie, il che gli consentì di dar rilievo al profilo degli effetti e quindi alla dicotomia tra autorizzazioni permissive e costitutive.

Mentre infatti quelle permissive si limiterebbero a consentire una determinata attività sulla base di un diritto soggettivo preesistente, seguendo la normale logica della scissione tra titolarità e legittimazione all'esercizio del diritto<sup>440</sup>, quelle costitutive invece sarebbero relative ad ipotesi nelle quali non preesisterebbe alcun diritto, che verrebbe attribuito dal provvedimento autorizzatorio.

Questo tipo di autorizzazioni infatti si inquadra in quelle situazioni in cui una norma generale attribuisca a taluni soggetti diritti o comunque li metta nella condizione di acquisirli compiendo determinati atti giuridici, sulla quale però incida un'altra norma, che derogando alla previsione normativa generale, disponga che relativamente ad un certo oggetto, i soggetti non possano essere titolari di quei diritti o comunque non possano acquisirli, riconoscendo solo all'atto dell'autorità il potere di attribuirli. Questo significa che secondo l'impostazione del Giannini, non è l'originaria situazione giuridica soggettiva, esclusa dalla norma derogatrice, ad essere reintegrata dall'autorizzazione, essendo creata dall'autorizzazione una nuova situazione giuridica.

Le autorizzazioni di quest'ultimo tipo, secondo Giannini, erano tipiche proprio degli ordinamenti sezionali<sup>441</sup>, cioè di quegli ordinamenti caratterizzati dalla presenza di un potere pubblico dotato del potere di emanare disposizioni per i soggetti che lo compongono e tenuti poi a conformarsi a pena di sanzione alle stesse. Il Giannini aveva elaborato questa definizione, richiamandosi a due concetti di Santi Romano, in primis quello di ordinamento nell'accezione di organizzazione dello Stato retta da un organo riconducibile allo Stato, in secondo luogo al concetto di rapporti di supremazia speciale. Il Giannini, nell'ottica romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, aveva individuato quindi tre elementi essenziali ed indefettibili ai fini della configurazione di un ordinamento in senso sezionale e cioè l'esistenza di un gruppo di figure soggettive determinabili, l'esistenza di un gruppo nonché di una normativa particolare

---

<sup>435</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, p.611

<sup>436</sup> In tal modo l'A. separa la titolarità del potere dalla individuazione dei suoi limiti cioè dalla connotazione.

<sup>437</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, p.614

<sup>438</sup> Il profilo funzionale sembra in effetti assimilabile alle letture del Ranelletti e del Sandulli, inscrivendosi nella tradizionale dicotomia tra limiti di carattere positivo e limiti negativi.

<sup>439</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, p.621

<sup>440</sup> Giannini considera questa una situazione tipica dell'ipotesi in cui una norma attribuisca un diritto ed un'altra (che impone l'autorizzazione) lo connoti cioè lo delimiti.

<sup>441</sup> M.S.GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, 1939, p.707 ss.

derivante dall'autorità. Questa nozione viene quindi elaborata dal Giannini per descrivere i settori in cui le attività dei privati sono sottoposte ad un controllo esercitato da soggetti pubblici che esercitano anche poteri normativi, proprio per la rilevanza pubblicistica dell'attività ed il coinvolgimento di interessi pubblici. In tale ottica è facile comprendere il perché Giannini considerasse l'ordinamento creditizio come l'esempio più emblematico di ordinamento sezionale, presentando i caratteri della plurisoggettività, della organizzazione e della normazione, ed essendo posto a presidio di interessi pubblici di assoluto rilievo. Fatte queste premesse si comprende la ragione per cui, in tal contesto, l'autorizzazione assumesse per Giannini, non il semplice effetto di rimozione di limite ad una determinata attività, ma l'effetto costitutivo di una situazione giuridica soggettiva prima inesistente, consentendo l'ingresso in un settore non aperto e soggetto a poteri pubblici di direzione e controllo proprio per la rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti dall'attività privata.

Altrettanto rilevante è poi l'intuizione di altra parte della dottrina<sup>442</sup>, la quale partendo dalla ripudio della tesi secondo cui l'art. 41 della cost. attribuisce un diritto soggettivo<sup>443</sup>, ha riconosciuto il carattere costitutivo delle autorizzazioni caratterizzate da discrezionalità. Questa dottrina partendo infatti dal presupposto che la libertà di iniziativa economica ha natura di diritto soggettivo ed affermando che la situazione giuridica connessa non attiene ad un bene della vita in via diretta ma solo alla pretesa di una legge conforme alla Costituzione, attribuisce solo al rapporto tra legge ed amministrazione il rilievo di diritto soggettivo. La dottrina in commento ha poi avuto il merito di sostenere il dualismo dialettico tra atti vincolanti ricognitivi ed atti discrezionali costitutivi<sup>444</sup>, i primi caratterizzati dalla preesistenza del diritto soggettivo, i secondi invece contrassegnati dall'attribuzione ex novo di una situazione soggettiva nuova in aggiunta al patrimonio del destinatario in modo da poter svolgere legittimamente l'attività autorizzata<sup>445</sup>. Si può quindi affermare che in quest'ultimo caso l'autorizzazione

---

<sup>442</sup> A.ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione Amministrativa*, in Dig. IV (DISC. PUBBL.), Torino, 1987, vol.II, 66 e ss.; E.CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1983, Cedam, 316 e ss.

<sup>443</sup> Sono infatti contestate da Osi Battaglini, tutte le ricostruzioni teoriche volte a comprovare la preesistenza della situazione soggettiva e l'assenza di effetti costitutivi. La prima critica è verso lo schema che riconosce la sussistenza di un rapporto di regola/eccezione tra le norme generali privatistiche e le norme pubblicistiche che le limitano, in virtù del carattere unitario dell'ordinamento. Viene poi disinnescata anche la tesi del diritto potenziale o in attesa di espansione che può trovare rilievo solo per la situazione patrimoniale complessiva e non per le singole situazioni soggettive (che al più possono esistere o non esistere). L'A. procede poi con l'analisi della tesi del Sandulli che partendo dalla distinzione tra situazioni statiche e dinamiche riconosce alla autorizzazione l'incisione sulla sola situazione dinamica (potere/facoltà) contenuta in stato di latenza nella situazione statica (diritto soggettivo). Per l'A. non ha alcuna utilità una simile impostazione essendo limitata semplicemente a riproporre il problema di una situazione soggettiva esistente ma non esercitabile, salvo a voler riconoscere alla autorizzazione un effetto costitutivo e quindi la nascita di poteri e facoltà prima inesistenti. Infine destruttura anche la tesi che vede nell'autorizzazione una funzione di integrazione della fattispecie, l'autorizzazione infatti non integra una fattispecie già parzialmente realizzata da cui il potere deriva, ma pur a voler dar per buona questa ricostruzione in termini di atto complesso ne deriverebbe un effetto costitutivo non preesistendo alcuna situazione giuridica soggettiva all'atto.

<sup>445</sup> Questa ricostruzione dualistica così prospettata presta però il fianco ad una serie di critiche sulla base delle impostazioni giurisprudenziali tradizionali, considerate dall'A. ma superate come quella impostazione secondo cui mentre all'attività discrezionale si contrappone sempre un interesse legittimo, in caso di attività vincolata invece la corrispondente situazione può avere natura di diritto soggettivo o interesse legittimo a seconda che il vincolo sia posto a soddisfazione di un interesse privatistico (sulla base di una norma di relazione) o pubblicistico (sulla base di una norma di azione) (cfr. Corte Cost. 16 Aprile 1998 n.127, A.P. 24 maggio 2007 n.8). Secondo Orsi

assuma i connotati di un atto costitutivo di nuove situazioni giuridiche soggettive dinamiche prima inesistenti. Questo significa che può anche preesistere un diritto soggettivo ma solo nella sua dimensione statica e che si limita ad essere fattore di legittimazione.

Questa dottrina pone infine in discussione il problema della discrezionalità tecnica, lasciando la soluzione sulla collocazione della tematica, nel quadro precedentemente tracciato, alla discussione dottrinale e giurisprudenziale sul tema ed in particolare al profilo della sussistenza o meno di una riserva di valutazione tecnica a favore della pubblica amministrazione. Secondo questa dottrina infatti il riconoscimento della sussistenza di tale margine avvicinerrebbe quanto a sindacabilità la discrezionalità tecnica alla discrezionalità pura, mentre l'assenza del relativo margine di riserva di apprezzamento invece alla attività vincolata<sup>446</sup>.

## 2.2 L'accertamento

La dottrina italiana già alla fine dell'800 incominciò a porsi il problema della categorizzazione degli atti di "pura esecuzione", collocandoli all'interno del novero degli atti di tipo ricognitivo volti quindi ad assolvere ad funzione di mero accertamento delle condizioni legalmente determinate<sup>447</sup>.

Proprio perché non ricollocabili all'interno del *genus* provvedimento, in virtù dell'assenza di volontà<sup>448</sup>, si attribuiva agli stessi un contenuto di mero accertamento. Sulla base di questa premessa Santi Romano ebbe il merito di delineare i contorni della figura di atto amministrativo dichiarativo<sup>449</sup>.

La dottrina<sup>450</sup> incominciò poi ben presto ad utilizzare proprio la dicotomica distinzione tra atti ad effetti costitutivi ed atti ad effetti dichiarativi, riconoscendo agli accertamenti una funzione meramente dichiarativa<sup>451</sup>, non essendo qualificati come atti di volontà e quindi come attività di tipo provvedimentale.

---

Battaglini infatti questo criterio oltre che essere di applicazione arbitraria, risulta poi essere privo di senso dal momento che l'interesse pubblico è sempre presente (cfr. pag. 71 e 72).

<sup>446</sup> A.ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione Amministrativa*, in Dig. IV (DISC. PUBBL.), Torino, 1987, vol.II, p.73.

<sup>447</sup> O.RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, p. 7 e ss., oggi in *Scritti Giuridici scelti, Vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1992*.

<sup>448</sup> S.ROMANO, *Principi di diritto amm.*, p.50 e ss

<sup>449</sup> S.ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova,1930, 235 e ss. ove si afferma che gli atti amministrativi che hanno un contenuto espressivo di dichiarazioni di volontà sono equiparabili ai negozi giuridici del diritto privato. All'interno della categoria in commento viene effettuata una bipartizione tra le dichiarazioni di volontà volte a produrre un effetto costitutivo o innovativo e quelle inidonee a produrre tali effetti. Per atti con contenuto di dichiarazione di volontà sono solo gli atti che producono effetti conformi a quella che è la volontà della parte che li ha posti in essere e che incidono su rapporti in cui è parte l'amministrazione.

<sup>450</sup> S.ROMANO, op. cit., 252 e ss. in contrapposizione agli atti contenenti dichiarazioni di volontà, Romano pone la categoria delle dichiarazioni di rappresentazioni tra cui rientravano anche gli accertamenti intesi come rappresentazioni attraverso cui l'amministrazione verifica la sussistenza di tutti i requisiti per il raggiungimento di un risultato normativamente previsto. Non ci sarebbe quindi una volontà bensì un giudizio.

<sup>450</sup> C.VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1924, p. 97 e ss

<sup>451</sup> C.VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, UTET, 1949, 331. ove si afferma che gli atti dichiarativi sono meri atti amministrativi come le dichiarazioni di scienza o di giudizio, che attestano fatti materiali, qualità di cose o rapporti giuridici.

La validità di tale ordinata ricostruzione venne poi messa in dubbio sulla base della constatazione per cui una lettura perfettamente dicotomica degli accertamenti fosse inidonea a descrivere il quadro giuridico positivo, secondo una parte della dottrina<sup>452</sup> infatti gli accertamenti potevano produrre effetti di tipo costitutivo<sup>453</sup>. Zanobini ebbe infatti l'idea<sup>454</sup> di distinguere tra volontà dell'atto e degli effetti, pur quindi ricollocando gli accertamenti all'interno del genus dei meri atti amministrativi, non escludeva che per gli stessi potesse persistere la volontà della P.a. L'A. faceva notare che a mancare non fosse la volontarietà dell'atto ma la volontà dei suoi effetti<sup>455</sup>.

Questa tesi fu poi in un certo senso ripresa, seppur depurata e corretta, da successiva dottrina<sup>456</sup> la quale incominciò a parlare di accertamenti costitutivi di diritto amministrativo, intendendo con tale formula far riferimento ad un piano più alto rispetto a quello degli effetti (siano essi costitutivi o dichiarativi) intendendo, con la caratterizzazione in senso "costitutivo" dell'accertamento, porre in risalto il profilo della certezza pubblica.

In tale ottica l'accertamento era inteso come qualcosa di diverso e di maggior rilievo probatorio rispetto alle mere certificazioni, avendo come scopo quello di precostituire una prova dotata di certezza giuridica.

In tale contesto si pongono come fattore di grande evoluzione nell'analisi del fenomeno le tesi di Massimo Severo Giannini<sup>457</sup>, il quale superando l'alveo tracciato dalla precedente dottrina, ha avuto il merito di introdurre la nozione di atti di certezza pubblica in contrapposizione dialettica con quella di provvedimento amministrativo.

Gli atti di certezza pubblica erano da Giannini qualificati come atti dichiarativi, per tale motivo contraddistinti da una duplicità di fasi logiche: l'accertamento<sup>458</sup> e la dichiarazione cioè l'esposizione del risultato dell'accertamento allo scopo di realizzare l'effetto di certezza giuridica pubblica<sup>459</sup>.

---

<sup>452</sup> G.ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in Riv. dir. pubbl., 1918, p. 169 e ss. oggi in Scritti vari di Diritto Pubblico, Milano, Giuffrè, 1955, 19 ss.

<sup>453</sup>G.ZANOBINI, op.cit., per amministrazione pubblica del diritto privato fa riferimento ad un'attività non discrezionale che si esplica "un'opera di semplice accertamento di convenzioni, di dichiarazioni, di volontà oppure di fatti o di stati di fatto, i quali sono la causa o costituiscono i presupposti necessari all'esistenza dei singoli rapporti, delle situazioni, delle capacità, di diritto privato". In tale ricostruzione si pongono anche gli accertamenti costitutivi di rapporti giuridici privati, che vengono configurati come atti costitutivi a contenuto non discrezionale. L'atto ricognitivo non ha un mero valore dichiarativo, ma costituisce "uno stato giuridico nuovo o un nuovo rapporto".

<sup>454</sup> Tale presunta intuizione è legata alla equiparazione dell'atto amministrativo al negozio giuridico in contrapposizione con i meri atti. Tale influenza è presente anche in U. FRAGOLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, V ed., Napoli, Pellerano – Del Gaudio Editore, 1954, p.195 ove si riconosce però che i meri atti non siano volti a realizzare in via diretta l'interesse pubblico, l'amministrazione cioè "non manifesta alcuna volontà diretta a realizzare lo scopo pratico che lo riguarda".

<sup>455</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 188 e ss.

<sup>456</sup> G. VIGNOCCHI, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 19.

<sup>457</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, p. 361 e ss.; *Diritto amministrativo*, vol.II, 1970, p. 918.

<sup>458</sup> La definizione di accertamento cui fa riferimento Giannini è quella di Falzea che la qualifica come "ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza" (A. FALZEA, Accertamento, in Enc. giur. Roma 1960, p. 219)

<sup>459</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol.II, Milano, Giuffrè, 1970, p.954 e ss.

Sotto tale profilo Giannini pone la distinzione tra atti di certazione ed atti di accertamento in senso stretto.

Gli accertamenti in senso stretto, sono atti di scienza che servono a rendere certo l'incerto, caratterizzati dal fatto di attribuire "*una qualità giuridica (o un modo di essere giuridicamente vincolante) ad una persona, ad una cosa o ad un rapporto*"<sup>460</sup>.

Le certazioni, invece, si differenzerebbero dagli accertamenti poiché, "non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad un'entità giuridica esistente, ma creano esse stesse la qualificazione giuridica"<sup>461</sup>.

Giannini contesta quindi la tesi degli accertamenti costitutivi<sup>462</sup>, i quali al più potrebbero essere riqualificati come certazioni. Secondo Giannini infatti l'effetto costitutivo non deriverebbe dall'atto di accertamento ma dal fatto di cui viene accertata l'esistenza.

L'impostazione del Giannini ha quindi avuto il merito da una parte di negare validità alla tesi che qualifica gli accertamenti come una categoria generale di provvedimento amministrativo, dall'altra prodotto la riqualificazione di atti tradizionalmente intesi come accertamenti costitutivi in certazioni.

In contrapposizione dialettica al Giannini si pose invece il Virga<sup>463</sup>, il quale rifacendosi alle tesi di Zanobini, sostenne la configurabilità di accertamenti costitutivi, i quali pur incidendo in modo favorevole sulla sfera giuridica del destinatario, producendo effetti di tipo costitutivo, sarebbero espressivi di vincolatività e non discrezionalità presupponendo, la loro emanazione, il mero accertamento dei requisiti disposti dalla legge. In tale ottica gli accertamenti costitutivi sarebbero atti di volontà con natura provvedimentoale, non di conoscenza o scienza, seppur interamente vincolati. Secondo questa visione gli atti di accertamento non sarebbero infatti meri atti amministrativi in quanto l'accertamento non sarebbe fine a se stesso ma strumentale alla produzione di un effetto costitutivo.

Fatta questa premessa si comprenderà allora che l'elemento idoneo a differenziare l'autorizzazione dall'accertamento non potrà essere sic et simpliciter rinvenuto nell'effetto costitutivo o dichiarativo, essendo sostenuta l'esistenza da parte autorevolissima della dottrina, di accertamenti costitutivi. In ogni caso, poi, pur a voler sposare la tesi prevalente del Giannini, la stessa ha un valore eminentemente teorico e descrittivo rispetto alle problematiche oggetto della trattazione, infatti finisce pur sempre per riconoscere la produzione di un effetto costitutivo seppur mediato da un accertamento in senso lato.

Al netto di queste dispute teoriche parrebbe all'apparenza elemento idoneo a differenziare l'autorizzazione dall'accertamento anche quello della

---

<sup>460</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol.II, Milano, Giuffrè, 1970, p.964

<sup>461</sup> *Ibidem*

<sup>462</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamento*, in Enc. Dir., p. 226

<sup>463</sup> P.VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, p. 86-87, secondo cui gli accertamenti costitutivi sono atti di volontà di natura provvedimentoale seppur interamente vincolati. Il virga qui equipara gli accertamenti costitutivi agli atti negoziali, considerandoli come atti di volontà e quindi produttivi di effetti costitutivi, ma con la peculiarità del carattere vincolato dell'azione dell'amministrazione.

discrezionalità<sup>464</sup>. L'autorizzazione infatti a differenza dell'accertamento, almeno tradizionalmente, era intesa come attività amministrativa non vincolata ma discrezionale. Tale ricostruzione tuttavia ha poi perso pregnanza alla luce del moltiplicarsi delle autorizzazioni di tipo ricognitivo<sup>465</sup>, cioè vincolate e quindi dipendenti dal mero accertamento dei parametri normativamente predeterminati.

In dottrina<sup>466</sup> infatti si è sempre più posto l'accento sulla dicotomia tra autorizzazioni discrezionali e vincolate<sup>467</sup>, le prime caratterizzate dalla costituzione di situazioni dinamiche ed in cui l'atto è la fonte diretta dell'effetto, le seconde invece meramente attributive, in conseguenza di un'attività di accertamento, di una qualità o di una qualifica giuridica la cui fonte ed i cui effetti sono da imputarsi direttamente alla legge. In tal caso infatti l'avvio dell'attività è precluso in assenza dell'atto amministrativo, non perché il soggetto non abbia già il diritto di porre in essere l'attività, ma solo perché l'ordinamento riserva all'amministrazione il compito di verificare se sussistono in concreto i presupposti ed i requisiti posti dalla norma.

Quanto detto non smentisce, tout court, la tesi secondo cui l'unico elemento capace di differenziare l'autorizzazione dall'accertamento, perlomeno nella vicenda in commento, sia da rinvenire nel carattere discrezionale o vincolato dell'atto. Seppur infatti non si possa negare l'esistenza di autorizzazioni vincolate, non si può però affermare l'esistenza di accertamenti in senso stretto discrezionali che risulterebbero un ossimoro e quindi una vera e propria contraddizione in termini.

A ciò si deve aggiungere (*rectius* ribadire) che è possibile distinguere<sup>468</sup> una funzione di accertamento in senso lato (tipica dei procedimenti complessi in cui si giustappongono molteplici interessi), da un atto di accertamento in senso stretto (che presuppone attività vincolata), indi per cui l'utilizzo del *nomen* accertamento non implica necessariamente un atto di accertamento in senso stretto. Del resto la funzione di accertamento è presente anche nei provvedimenti autorizzatori specie se provenienti da procedimenti complessi come quelli delle autorità indipendenti. Sarà quindi necessario verificare se nel caso in esame permangano o meno spazi valutativi in capo all'Autorità di vigilanza previa una disamina del concetto di discrezionalità e delle sue declinazioni.

---

<sup>464</sup> M.CLARICH-G.FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Ipsoa, 2015, p.323 e ss.

<sup>465</sup> Con il passaggio dallo Stato interventista allo Stato regolatore, il quale si astiene dall'intervento diretto dell'economia e della programmazione a beneficio della concorrenza privata, si giustifica dapprima l'ampliamento dell'area delle autorizzazioni vincolate o ricognitive (si pensi alle autorizzazioni commerciali), dappoi la possibilità di sostituzione di molte autorizzazioni con accertamenti frutto atti di controllo successivi (si pensi alle logiche di liberalizzazione sottese alla dia o alla scia ex art. 19 l.241/90 specie alla luce delle modifiche inaugurate dalle riforma del 2005 e dai successivi molteplici interventi del legislatore sul punto).

<sup>466</sup> Cfr. ORSI-BATTAGLINI, op.cit. p.71 e ss.

<sup>467</sup> Le prime rispondono allo schema norma- potere -effetto , le seconde a quello norma-fatto - effetto.

<sup>468</sup> M.CLARICH-G.FONDERICO, *Procedimento amministrativo*, Ipsoa, 2015, p.322

## 2.3 La discrezionalità connessa al concetto di sana e prudente gestione

### 2.3.1. Premessa

L'attività della pubblica amministrazione è volta alla cura di interessi pubblici attraverso i poteri che la legge delimita ed attribuisce ad uno specifico centro di potere pubblico. Da questa definizione se ne ricava che tale attività è sottoposta al principio di legalità, non essendo quindi ammissibile alcuna posizione di potere della pubblica amministrazione che non sia giustificata dalla legge<sup>469</sup>.

L'attività amministrativa incontra quindi limiti di natura negativa finalizzati ad assicurare il rispetto dei confini della legalità, nonché limiti di natura positiva volti invece ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico giustificativo dell'attribuzione del potere<sup>470</sup>.

Nella fissazione di questi limiti la legge può operare in modo puntuale o in maniera più elastica e quindi far residuare o meno spazi di manovra a favore della pubblica amministrazione. E' proprio sulla base di tale premessa che si legittima quindi la differenziazione tra attività vincolata, attività discrezionale e attività discrezionale-tecnica.

L'attività della pubblica amministrazione è infatti vincolata nel caso in cui la legge stabilisca in maniera puntuale non solo l'interesse pubblico da perseguire, non essendo mai libera nel fine l'attività della p.a. a differenza di quella dei privati, ma anche ed in modo puntuale tutti gli elementi da acquisire e valutare nell'adozione del provvedimento amministrativo, residuando alla pubblica amministrazione solo il potere di verificare la sussistenza concreta dei presupposti astratti previsti dalla legge.

L'attività della pubblica amministrazione è invece considerata discrezionale quando la legge pur indicando precisamente l'interesse pubblico (cioè il fine dell'attribuzione del potere), non fissa però precisamente il "modo"<sup>471</sup> di raggiungerlo. La discrezionalità amministrativa in commento è secondo l'impostazione tradizionale il margine di manovra (valutativo e decisionale) concesso alla pubblica amministrazione, la quale può scegliere tra più opzioni amministrative ugualmente lecite per la realizzazione dell'interesse pubblico affidatole<sup>472</sup>. La definizione oggi prevalente<sup>473</sup> invece esalta il momento comparativo, ponendo attenzione anche agli interessi secondari coinvolti, essendo compito della pubblica amministrazione non solo quello di realizzare l'interesse pubblico istituzionalmente affidatole ma anche quello di determinare il minor sacrificio possibile per gli altri interessi secondari coinvolti. La discrezionalità amministrativa si compone quindi di un duplice momento, prima quello del giudizio (in cui vengono valutati gli interessi rilevanti emersi dalla istruttoria) e poi quello della scelta (cioè il provvedimento adottato sulla base dall'attività istruttoria)<sup>474</sup>. Questa scelta non è però completamente discrezionale dovendo essere rispettate sia regole di legittimità (regole giuridiche) che di merito

---

<sup>469</sup> F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, pag.1207

<sup>470</sup> R.GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione, pag.899

<sup>471</sup> La facoltà di scelta rimessa alla P.a. può infatti attenere all'an (se emanare il provvedimento), al quid (al suo contenuto), al quando (al tempo) , al quomodo (alla forma e al procedimento da adottare).

<sup>472</sup> P.VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979

<sup>473</sup> M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 72 ss.

<sup>474</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, 1988, pag.54 e ss.



(regole di buona amministrazione), tuttavia il merito non essendo di regola sindacabile dal giudice amministrativo, viene considerato come quella frazione della discrezionalità amministrativa completamente libera, anche se si deve dare atto della tendenza legislativa ad una riduzione dell'area del merito attraverso la giuridicizzazione delle regole di buona amministrazione.

L'attività della pubblica amministrazione è invece caratterizzata da discrezionalità tecnica, quando pur non residuando alcun potere di scelta per la p.a., questa deve verificare che ricorrano i presupposti individuati dalla legge tramite l'applicazione di regole tecniche e specialistiche dal risultato opinabile. Tale l'impostazione è la più moderna ma pare tuttavia utile, per una maggiore chiarezza, procedere ad una breve ricostruzione della evoluzione storica sotto il versante non solo dottrinale ma anche giurisprudenziale.

### 2.3.2 Breve ricostruzione storica della dottrina

Nella dottrina italiana il Cammeo fu il primo<sup>475</sup> ad aver dato un contributo rilevante alla ricostruzione del concetto di discrezionalità tecnica, proponendo una tripartizione dell'attività della pubblica amministrazione tutta improntata sul concetto di precisione normativa<sup>476</sup>.

Il Cammeo distingue infatti le ipotesi in cui l'attività della pubblica amministrazione è regolata da norme precise<sup>477</sup>, da quelle in cui l'attività è regolata seppur da norme imprecise<sup>478</sup> ed infine le ipotesi in cui l'attività non è regolata da norme<sup>479</sup>.

Nella prima ipotesi verrebbe in rilievo un'attività vincolata della pubblica amministrazione, avendo come presupposto per l'esercizio del potere pubblico un fatto semplice che rende vincolato e quindi pieno il sindacato giurisdizionale.

Nella seconda verrebbe invece in rilievo un'attività discrezionale in senso tecnico, avendo come presupposto per l'esercizio del potere un fatto complesso e la valutazione opinabile seppur sempre connessa all'interesse pubblico affidato alla cura della p.a..

Nella terza ipotesi infine verrebbe in rilievo un'attività discrezionale pura e quindi sottratta al controllo giurisdizionale.

La tesi del Cammeo si basa cioè sulla nozione di norma imprecisa, richiamando come esempi di discrezionalità tecnica, previsioni normative contenenti clausole generali. Tali norme infatti secondo il Cammeo prendendo in considerazione fatti

---

<sup>475</sup> In tal senso S.PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016, p.293

<sup>476</sup> Secondo F.SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pag.63, questa attenzione alla precisione delle norme è un portato della influenza della dottrina tedesca ed in particolare degli studi sui concetti giuridici indeterminati.

<sup>477</sup>F.CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur.it.*, III, 1902, pag.277

<sup>478</sup> F.CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristamp.1960, pag. 193

<sup>479</sup> F.CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristamp.1960, pag. 188

complessi<sup>480</sup> (o fatti che costituiscono ipotesi di discrezionalità tecnica<sup>481</sup>) come ad esempio quelle che fanno riferimento all'urgenza di provvedere, all'insalubrità dell'ambiente per pubblica igiene o alla pericolosità dell'edificio per l'incolumità pubblica<sup>482</sup>. L'amministrazione in tali casi sarebbe quindi costretta ad un giudizio su fatti complessi e quindi ad operare valutazioni opinabili attraverso norme tecniche (che precisano il contenuto delle norme giuridiche) e che si "giuridicizzano" in quanto richiamate dalle stesse. In conseguenza di ciò tali valutazioni sarebbero sindacabili dal giudice amministrativo<sup>483</sup> proprio perché attività non volitive ma meramente applicative (cioè prive del momento decisionale).

A conclusioni non dissimili dal Cammeo giunge poi anche il Presutti<sup>484</sup>, seppur con qualche precisazione, quest'ultimo infatti si distacca parzialmente dal pensiero del Cammeo, negando il principio per cui la discrezionalità tecnica ricomprenda una valutazione che debba tener conto dell'interesse pubblico, pena l'impossibilità di differenziala da quella pura.

Successivamente sul tema della discrezionalità tecnica, in posizione del tutto difforme rispetto a quella dei due autori precedentemente considerati, intervenne anche il Ranelletti<sup>485</sup>. Mentre infatti per il Cammeo ed il Presutti il rinvio al concetto di norma imprecisa equivale ad un richiamo alle regole di tecnica amministrativa, con il Ranelletti si assiste ad superamento del richiamo alla dottrina tedesca e quindi alla negazione della tesi che distingue tra discrezionalità tecnica e amministrativa, sulla scorta della considerazione per cui *"la discrezionalità, sia l'apprezzamento puramente amministrativo, sia tecnico amministrativo, è sempre amministrativa e quella distinzione non ha alcuna importanza giuridica"*<sup>486</sup>. Da quanto detto risulta evidente come per il Ranelletti non fosse sindacabile la discrezionalità tecnica, in quanto la stessa era considerata pur sempre una forma di discrezionalità amministrativa.

Rilevantissimo è poi il contributo fornito dal Giannini sul tema della discrezionalità, in primis perché ha elaborato la nozione di discrezionalità amministrativa ancor oggi prevalente, in secondo luogo perché ha ridefinito il concetto di tecnica e ricollocato le clausole generali richiamate dal Cammeo nella discrezionalità pura.

Secondo il Giannini infatti la discrezionalità amministrativa è *"una comparazione quantitativa e qualitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una"*

---

<sup>480</sup> Il Cammeo fa riferimento al concetto di fatti complessi (in *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in Giur.it., III, 1902, pag.277) invece fa riferimento a fatti che costituiscono ipotesi di discrezionalità tecnica (in *Commentario alle legge sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911) sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in Dir. Proc.amm., 1984, p.490.

<sup>482</sup> F.CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in Giur.it., III, 1902, pag.277

<sup>483</sup> F.CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in Giur.it., III, 1902, pag.278

<sup>484</sup> E.PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in Giur. It., 1910, 16

<sup>485</sup> O.RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p.365 ss.

<sup>486</sup> O.RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p.365

*situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie*<sup>487</sup>.

Posta tale premessa, distingue nettamente questa forma di discrezionalità pura da quella tecnica, che non è una vera discrezionalità non attribuendo potestà discrezionali. La pubblica amministrazione infatti nelle ipotesi qualificate, per un errore storico della dottrina, come forme di discrezionalità seppur tecnica, non compiono valutazioni di opportunità ma giudizi a contenuto scientifico seppur opinabili, non residuando quindi alcun margine di discrezionalità. *“La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà di giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale*<sup>488</sup>”.

Il Giannini pur chiarificando nettamente la distinzione tra discrezionalità tecnica ed amministrativa, attraverso un insegnamento che ancor oggi orienta il pensiero giuridico amministrativistico, ribadì però il principio della insindacabilità delle valutazioni tecniche considerate come “giudizi riservati”<sup>489</sup>.

Ultimo corollario della impostazione elaborata dal Giannini è poi la riconduzione, di molte delle ipotesi ricondotte dal Cammeo nell'alveo della discrezionalità tecnica, nella discrezionalità amministrativa, sulla base della considerazione che la discrezionalità tecnica presuppone l'applicazione di regole e criteri scientifici (non giuridici)<sup>490</sup>.

Le clausole generali, come ad esempio quella dell'urgenza di provvedere o della pericolosità dell'edificio per l'incolumità pubblica, erano quindi ricondotte dal Giannini nell'area della discrezionalità amministrativa. Le clausole generali con le quali la legge delimita l'ambito del potere amministrativo fissandone i presupposti per l'esercizio, non possono dar luogo a discrezionalità tecnica ma rifluiscono nella visione del Giannini nell'ambito della discrezionalità amministrativa, pur essendo questa, secondo lo stesso Giannini, una divisione più ideale che reale, essendo assai difficile distinguere il giudizio tecnico valutativo dalla decisione amministrativa<sup>491</sup>.

Nelle concezioni precedenti infatti per regole tecniche ci si riferiva non solo alle regole scientifiche ma anche e soprattutto alle regole di tecnica giuridico-amministrativa e a concetti del linguaggio comune.

Giannini segna una netta cesura con il passato, ricollegando il concetto di tecnica alle regole scientifiche, è però opportuno precisare che per regole scientifiche il Giannini intendeva non solo le scienze c.d. dure ma anche quelle c.d. molli, valutando come meramente convenzionale tale ripartizione e non ammettendo l'esistenza di scienze certe ed esatte come chiarito dalla ricerca eipeptomologica

---

<sup>487</sup> M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1, Milano, 2000.

<sup>488</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p.56

<sup>489</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p.57

<sup>490</sup> M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1, Milano, 2000.

<sup>491</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p.57

(Popper)<sup>492</sup>, essendo infatti proprio le scienze c.d. non esatte ad essere il campo d'elezione della discrezionalità tecnica.

L'influenza delle tesi del Giannini, condizionò la dottrina e la giurisprudenza successiva al punto che, da un lato gli studi teorici successivi spostarono l'attenzione dal profilo della sindacabilità della discrezionalità tecnica a quello della natura dell'attività tecnica, dall'altro solo di recente si è assestata in posizione chiaramente maggioritaria la tesi della sindacabilità piena della discrezionalità tecnica<sup>493</sup>.

La dottrina successiva, seppur come già detto unitariamente interessata ad approfondire il profilo della natura tecnica, ritengo comunque sia scomponibile in macro correnti, all'interno delle quali è però presente una forte eterogeneità non solo sotto il profilo delle argomentazioni ma anche quanto alle conseguenze finali sotto il profilo della sindacabilità.

La prima corrente è quella che sulla scorta della impostazione del Giannini demarca chiaramente i confini teorici tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica.

La Seconda corrente è invece quella di coloro i quali influenzati dal pensiero del Raneletti, negano fondatezza ad una ricostruzione dualistica netta.

Nella prima corrente rinveniamo il Capaccioli, il quale distingue tra valutazioni tecniche e discrezionalità amministrative, non riconoscendo alcuna discrezionalità alle valutazioni tecniche. Questa ultime infatti non avrebbero infatti alcuna dimensione decisionale e non sarebbero tese a realizzare la scelta più idonea per soddisfare l'interesse pubblico<sup>494</sup>. Risulta quindi evidente la forte aderenza alle tesi del Giannini, anche perché pure questo autore nega la sindacabilità per l'esclusività della competenza della P.a.

Sempre nella prima corrente rinveniamo Ottaviano, il quale conferma la distinzione tra discrezionalità tecnica ed amministrativa, anche in tal caso, seppur non si neghi una certa originalità in virtù del richiamo al concetto di direttiva, è evidente l'influenza del Giannini. Ottaviano infatti configura le ipotesi di discrezionalità tecnica come situazioni nelle quali la legge da direttive volte a delimitare il potere amministrativo.<sup>495</sup> In tale ottica e sulla base del richiamo al concetto di direttiva, alla P.a., proprio sulla base delle valutazioni tecniche, residua un potere di scelta che esclude un sindacato da parte del giudice.

Altro esponente della prima corrente è poi Cerulli Irelli, il quale ritiene che con il concetto di discrezionalità tecnica, si faccia riferimento a norme imprecise che non attribuiscono discrezionalità ma meri poteri di attuazione. La discrezionalità tecnica non sarebbe quindi un'attività discrezionale ma solo un verifica della rispondenza della realtà dei fatti alla fattispecie legislativa astratta. La

---

<sup>492</sup> M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1, Milano, 2000.

<sup>493</sup> E.GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n.64, 2009, p.15

<sup>494</sup> E.CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983, p.286 ss.

<sup>495</sup> V.OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in Studi in memoria di V. Bachelet, II, Milano, 1987, 405 ss.

discrezionalità tecnica in tal senso avrebbe assolto la funzione di espediente per ridurre l'area della sindacabilità<sup>496</sup>.

Ancora nella prima impostazione troviamo il Ledda<sup>497</sup>, secondo cui il richiamo da parte della norma giuridica alla norma tecnica ne determina una giuridificazione della stessa, avendo la funzione di completare il precetto rivolto dal legislatore alla pubblica amministrazione. Secondo Ledda può infatti parlarsi di potere solo nella discrezionalità amministrativa essendo configurabile un margine di apprezzamento, nella discrezionalità tecnica non residuando alcun margine di discrezionalità, traducendosi in una mera attività di attuazione. Sulla base di queste premesse nega il dualismo tra accertamento tecnico sindacabile dal G.O. perché relativo a scienze dal risultato univoco e discrezionalità tecnica (l'A. parla di apprezzamenti tecnici) non sindacabile dal G.A. perché basato su scienze dal risultato applicativo opinabile. La critica del Ledda è legata in primo luogo al fatto che l'epistemologia dimostra l'infondatezza della distinzione tra scienze esatte e opinabili, in secondo luogo perché non è poi corretta la conseguenza che se ne trae, cioè la collocazione dell'accertamento tecnico nella legittimità e la collocazione della discrezionalità tecnica nel merito, essendo entrambi i casi frutto di connessione tra diritto e tecnica. Questa differenza di trattamento non può infatti essere motivata con la natura opinabile del risultato applicativo di queste scienze, non residuando nella discrezionalità tecnica alcun margine di ponderazione tra gli interessi e quindi di discrezionalità. Ne deriverebbe quindi che quando una norma giuridica ne richiami una tecnica, *“tanto l'applicazione di un criterio tecnico inadeguato quanto il giudizio fondato su operazioni non corrette o insufficienti, inevitabilmente comportano un vizio di legittimità dell'atto”* sia nel caso di accertamento tecnico che di apprezzamento tecnico.

Secondo il Ledda quindi il giudice può sindacare l'apprezzamento tecnico, se lo ritiene quindi inattendibile può annullarlo o disapplicarlo, per l'inadeguatezza del criterio tecnico applicato o per la non corretta applicazione del criterio idoneo, se invece lo ritiene attendibile perché il criterio applicato è adeguato ed è stato applicato in modo coerente senza vizi, allora il giudice non può sovrapporre la propria valutazione a quella altrettanto opinabile della Pa.

Nella seconda corrente troviamo invece il Bachelet<sup>498</sup>, che rifacendosi alla tesi del Ranelletti, definì la discrezionalità tecnica un falso problema non essendo possibile differenziarla da quella pura. Secondo tale autore ad esistere sono solo gli accertamenti, gli apprezzamenti ed i giudizi tecnici che possono quindi essere connessi non solo ad atti discrezionali ma anche ad atti vincolati. Secondo Bachelet l'attività della P.a. avrebbe infatti sempre natura tecnica, anche in caso di discrezionalità amministrativa. Per il Bachelet quindi, anche nel caso di valutazioni tecniche opinabili, la P.a. decide non sulla base di regole tecniche ma facendo riferimento all'interesse pubblico, in questo senso la valutazione tecnica implicando un margine di apprezzamento, non avrebbe elementi idonei a differenziarla dalla discrezionalità amministrativa.

Sempre in questa seconda corrente anche il Cintioli secondo cui, a causa della contaminazione tra diritto e tecnica, non è più possibile una distinzione netta tra discrezionalità tecnica ed amministrativa, in quanto l'opinabilità e l'opportunità

---

<sup>496</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, p.463 ss.

<sup>497</sup> Le tesi del Ledda hanno fortemente influenzato la storica Sent. C.d.S. 601/1999.

<sup>498</sup> V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967.

“appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”<sup>499</sup>. Nell’ottica del Cintioli le scelte tecniche in molti casi assorbirebbero quindi anche il momento della convenienza seppur valutata alla luce del criterio tecnico, rendendo così “impalpabile la linea di demarcazione tra diritto e tecnica” mescolando “l’attività di interpretazione della norma con la di ponderazione degli interessi in gioco”<sup>500</sup>.

Questo non implica secondo il Cintioli né che le valutazioni tecniche equivalgano alla discrezionalità amministrativa, né che si debba optare per un paradossale allentamento della tutela rispetto alle questioni tecniche<sup>501</sup>, ma vuol significare che spesso i contorni di questi due concetti sfumino sovrapponendosi per alcuni aspetti (pochi o molti a seconda dei casi) e di conseguenza anche il sindacato giurisdizionale dovrebbe espandersi o restringersi a seconda dei casi e avendo a riferimento il criterio della ragionevolezza<sup>502</sup>. Da tale contaminazione il Cintioli poi fa derivare come conseguenza che il sindacato (non sostitutivo) di ragionevolezza e proporzionalità sulle valutazioni tecniche sia più inquadrabile nell’eccesso di potere che non nella violazione di legge<sup>503</sup>.

Secondo il Cintioli però una simile ricostruzione non si attaglierebbe perfettamente alle Autorità indipendenti, per le quali pur ponendosi come centrale il problema della clausole generali e dei concetti indeterminati (come la sana e prudente gestione) e quindi delle integrazioni tecniche delle stesse<sup>504</sup> tuttavia la questione della sovrapposizione tra opinabilità e opportunità non si porrebbe in modo rilevante.

La ricostruzione appena svolta, seppur idonea a tracciare un quadro complessivo di massima della dottrina italiana, può meramente delineare i contorni del dibattito anche a causa di una produzione letteraria pressoché sterminata sul punto, si muovono infatti secondo le direttrici indicate da queste due macro categorie anche molti altri autorevoli studiosi<sup>505</sup>.

---

<sup>499</sup> F.CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, p.204

<sup>500</sup> *Ivi*, p.205

<sup>501</sup> *Ivi*, p.120

<sup>502</sup> *Ivi*, p.249

<sup>503</sup> *Ivi*, p.250. Secondo l’A infatti benchè in entrambi i casi si tratti pur sempre di accertare la conformità dell’agere amministrativo al diritto positivo e che il compito del giudice sia quello di applicare la legge, non si può negare un dato incontrovertibile cioè che nei criteri di ragionevolezza che risolvono le questioni tecniche si condensa una sintesi degli interessi ed un bilanciamento dei valori i quali esprimono un’autentica qualità politica non in senso weberiano ma in senso di scelta e ponderazione di interessi in conflitto.

<sup>504</sup> *Ivi*, p.319

<sup>505</sup> Ad esempio nell’ottica della seconda macro categoria troviamo anche la GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007. Secondo l’A. in virtù del principio del buon andamento “quando la tecnica incide sul diritto in modo tale che l’interesse pubblico non può che essere qualificato se non attraverso il dato tecnico, quando la sfera dell’opportunità e dell’opinabilità si permeano l’una con l’altra in un unicum inscindibile, si è di fronte ad una sfera di autonomia riservata.”

### 2.3.3 Breve ricostruzione storica della tappe giurisprudenziali

Il limite alla sindacabilità della discrezionalità tecnica ha costituito un interrogativo che per decenni ha animato i dibattiti giurisprudenziali. Si è cioè posto il problema di comprendere se al giudice amministrativo residuasse il mero potere di verificare l'iter logico seguito dalla amministrazione, oppure se allo stesso fosse concesso un sindacato più penetrante che gli consentisse di valutare anche la correttezza dei criteri tecnici nonché delle relative modalità applicative ed infine se allo stesso fosse poi concesso anche un sindacato sostitutivo.

In estrema sintesi le tappe evolutive della narrazione giurisprudenziale sono inquadrabili in tre diversi momenti: quello del sindacato estrinseco, quello del sindacato intrinseco debole ed infine quello del sindacato intrinseco non sostitutivo.

La tesi ormai del tutto superata è quella per cui la discrezionalità tecnica possa essere oggetto di un sindacato solo estrinseco, cioè volto a verificare la presenza di eventuali sintomi dell'eccesso di potere come i vizi di illogicità, l'insufficienza della motivazione e l'errore di fatto. Questa impostazione era infatti fondata sul presupposto che la discrezionalità tecnica attenesse al merito, si trattava infatti di una mera conseguenza dell'adesione alle tesi che rinnegavano l'autonomia della nozione di discrezionalità tecnica rispetto a quella amministrativa. In tale ottica il giudice non poteva ripetere le valutazioni tecniche effettuate dalla pubblica amministrazione ma al più valutare la presenza di vizi del procedimento logico, l'insufficienza della motivazione e l'errore di fatto<sup>506</sup>.

L'indirizzo che ha quindi soppiantato la tesi del sindacato estrinseco, proprio a partire dalla storica sentenza n.601/99 della IV sez. del Consiglio di Stato, è quello del sindacato intrinseco debole che legittima il giudice ad uscire dalla gabbia dei vizi sintomatici dell'eccesso di potere e quindi a verificare la correttezza del criterio tecnico e del relativo procedimento applicativo. Questo indirizzo è stato poi confermato anche in sede legislativa dall'art.16 della l.205/2000, che ha generalizzato la consulenza tecnica nel processo amministrativo, cioè dello strumento che mette nelle condizioni il giudice amministrativo di effettuare una ripetizione della valutazione tecnica dell'amministrazione così da poter accertare l'attendibilità delle relative valutazioni<sup>507</sup>. Questo secondo indirizzo è quindi il frutto maturo dell'accoglimento delle tesi che partendo da una netta distinzione tra discrezionalità amministrativa e tecnica, arrivano poi ad ammettere la sindacabilità intrinseca della valutazione tecnica.

Il dibattito sviluppatosi in seguito all'affermarsi dell'indirizzo del sindacato intrinseco attiene al profilo della intensità (debole o forte) che allo stesso dovesse essere riconosciuta. Successivamente alla sent.601/1999 si era infatti posto il problema della effettiva portata del sindacato intrinseco, cioè se lo stesso potesse addirittura legittimare il giudice a sostituire, alla valutazione opinabile espressa dalla pubblica amministrazione, la propria altrettanto opinabile. La giurisprudenza maggioritaria si è assestata sulla posizione della inammissibilità di un sindacato sostitutivo<sup>508</sup> ma nonostante questo il C.d.S. ha ritenuto di dover superare la dicotomia tra sindacato debole e sindacato forte, ritenendo che

<sup>506</sup> R.GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione, p.910

<sup>507</sup> F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, p.1230

<sup>508</sup> C.f.r. Cons. St. sez. III, 2 aprile 2013 n.1856

seppur non sostitutivo il sindacato sulla discrezionalità tecnica resti pur sempre "forte, pieno ed effettivo"<sup>509</sup>.

#### 2.4 Tirando le somme: siamo davanti ad una modifica della funzione o della natura del potere ?

L'art. 31 del Testo Unico Bancario, per la trasformazione delle banca popolare in società per azioni, non richiama più il concetto di autorizzazione (rilasciata nell'interesse dei creditori ovvero per esigenze di rafforzamento patrimoniale ovvero ai fini di razionalizzazione del sistema) ma quello di accertamento di sana e prudente gestione. Per poter comprendere se la sostituzione del vocabolo autorizzazione con quello di accertamento, in virtù del richiamo da parte dell'art.31 all'art.56 del t.u.b., abbia prodotto una modifica della natura del potere o della funzione esercitata dalla Banca d'Italia, si è dovuto preventivamente comprendere il significato e l'evoluzione che la nozione di autorizzazione ha assunto nel tempo, nonché il significato della discrezionalità tecnica e la sua incidenza nei procedimenti autorizzatori bancari.

In primo luogo bisogna premettere che si tratta di una funzione amministrativa di controllo e non di una funzione giurisdicente seppur proveniente da un soggetto dotato di particolare indipendenza. Le autorità indipendenti infatti in certi settori svolgono, dal punto di vista oggettivo, funzioni che non si discostano da quelle normalmente svolte dalla pubblica amministrazione quanto alla loro intrinseca natura, che resta una funzione pienamente amministrativa, in tali casi l'elemento differenziante è solo il profilo soggettivo della qualifica tecnica e della indipendenza, con una forte accentuazione del carattere dell'imparzialità così come definito dall'art. 97<sup>510</sup>. Non si tratta quindi di funzioni giurisdicenti, nelle quali l'autorità si distacca dal modello dell'amministrazione in senso classico, non riducendo la propria attività alla dimensione dell'imparzialità ma a quella della neutralità. Nell'espletamento di queste funzioni infatti l'autorità è mero arbitro che si colloca in una posizione neutrale ed equidistante rispetto alle situazioni giuridiche di tipo bilaterale e orizzontale intercorrenti tra soggetti privati, dando così vita ad un modello, paragonabile a quello giurisdizionale ovvero a quello giusitiziale basato sul ricorso amministrativo, considerato come una risposta alla crisi del rimedio amministrativo ed alla esigenza di un'anticipazione di tutela rispetto alla fase patologico-giudiziale, in ipotesi caratterizzate da discrezionalità tecnica e non da discrezionalità amministrativa. Qui, come poi meglio vedremo nel paragrafo successivo, la Banca d'Italia non è un soggetto neutrale che si limita ad attuare la legge, ma persegue in ultima istanza un interesse pubblico anche attraverso il riconoscimento di margini di apprezzamento.

In secondo luogo, bisogna premettere che al di là del nomen accertamento si tratta pur sempre di un normale provvedimento autorizzatorio<sup>511</sup> e ciò indipendentemente della nozione di autorizzazione a cui si preferisce aderire.

---

<sup>509</sup> C.f.r. Cons. St. sez. IV 3 luglio 2014 n.3357

<sup>510</sup> F.CARINGELLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, X edizione, p.740

<sup>511</sup> In tal senso F.BELLI, *Vigilanza e dintorni: qualche osservazione sugli articoli 20-30 del decreto n..481*, in F.Capriglione (a cura di) *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993,p.138; F.MAIMERI, *Commento art.56 tub*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* a cura di F.Capriglione, 2012, p.688; A.PATRONI GRIFFI, *la legge bancaria nel passaggio, dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in Antonucci



Permane quindi solo il dubbio circa l'effetto attribuibile al provvedimento, si è infatti visto che alla concezione del Raneletti, che vedeva nell'autorizzazione un'attività giuridica di prevenzione dello Stato tesa ad impedire che l'attività del singolo potesse contrastare con le esigenze pubbliche, riconducendo al provvedimento autorizzativo solo l'effetto di rimozione di un limite all'esplicarsi dell'attività individuale, si è poi affiancata quella che ha riconosciuto il carattere costitutivo delle autorizzazioni caratterizzate da discrezionalità. Questa impostazione distingue tra atti vincolanti ricognitivi ed atti discrezionali costitutivi<sup>512</sup>, i primi caratterizzati dalla preesistenza del diritto soggettivo, i secondi invece contrassegnati dall'attribuzione ex novo di una situazione soggettiva nuova in aggiunta al patrimonio del destinatario in modo da poter svolgere legittimamente l'attività autorizzata, anche nel caso di preesistenza di un diritto soggettivo che in una dimensione solo statica, si limiterebbe ad essere fattore di legittimazione. Questa ultima impostazione quanto alla discrezionalità tecnica, lascia la soluzione alla discussione dottrinale e giurisprudenziale sul tema ed in particolare al profilo della sussistenza o meno di una riserva di valutazione tecnica a favore della pubblica amministrazione. Secondo questa dottrina infatti il riconoscimento della sussistenza di tale margine avvicinerrebbe quanto a sindacabilità la discrezionalità tecnica alla discrezionalità pura, mentre l'assenza del relativo margine di riserva di apprezzamento invece alla attività vincolata<sup>513</sup>

Come argomento a sostegno della tesi che qualifica tale potere come un'autorizzazione, si potrebbe probabilmente considerare anche la constatazione che senza tale provvedimento, non si potrà procedere all'iscrizione della delibera<sup>514</sup> nel registro delle imprese<sup>515</sup>, ricalcando il comma 2 dell'art. 56 la previsione contenuta nell'art. 14 c.3. L'iscrizione nel registro delle imprese è una forma di pubblicità costitutiva<sup>516</sup>, la stessa non ha come effetto quello di rendere

---

(a cura di), Dall'attuazione della seconda direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico, Bari, 1993, p.46; L.C.UBERTAZZI, *Banche e concorrenza: scritti*, 2007, p.276; F.GIORGIANNI C.M.TARDIVO, *Diritto Bancario*, op.cit., p.252 ove si parla di "una vera autorizzazione, della quale ancora una volta si deve riconoscere l'estrema discrezionalità"; A.NIGRO, *L'attuazione delle seconda direttiva sulle banche*, in *Dir. Banca e mercato finanziario*, I, 1993, p.169; M.PORZIO, *Intervento*, in *Dall'attuazione della seconda direttiva*, op.cit., p.128.

<sup>513</sup> V.ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione Amministrativa*, in *Dig. IV (DISC. PUBBL.)*, Torino, 1987, vol.II, p.73.

<sup>514</sup> Anche qui una lettura in parallelo con l'art.14 c.3 pare necessaria, che detta una disposizione dal tenore del tutto analogo ("*Non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione del comma 1*")

<sup>515</sup> L'articolo 56 rubricato modificazioni statutarie infatti al comma 2 prevede che "*non si possa dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'accertamento previsto dal comma 1*".

<sup>516</sup> La riforma del diritto societario ha contribuito a produrre maggiore incertezza rispetto all'efficacia costitutiva o dichiarativa da attribuire all'iscrizione delle modifiche statuarie nel registro delle imprese. L'art.2436 c.5 c.c. prevede infatti che la deliberazione non produca effetti se non dopo l'iscrizione nel registro delle imprese. Tale norma seppur dettata per le spa, trova applicazione anche per le Srl, le Sapa e le Cooperative (ex art. 2545 c.c.). Alla luce della riformulazione della norma e della introduzione della previsione di cui al comma 5, ha prodotto una tripartizione di letture interpretative. Secondo una tesi la pubblicità si sarebbe mantenuta meramente dichiarativa (LUCCARELLI, *Commento all'art. 2436*, in *La riforma delle società-Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, 2, I, Torino, 2003, p. 874), altra impostazione invece ha optato per la ricostruzione secondo cui l'efficacia della delibera sia sottoposta alla *condicio iuris* della iscrizione nel registro delle imprese, distinguendosi così l'efficacia dal perfezionamento (GUERRERA, *Commento all'art. 2436*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 1102 ss.; MAGLIULO, //

meramente opponibile ai terzi la modifica, ma senza tale iscrizione la modifica è “*tamquam non esset*” anche nei rapporti interni alla società.

Occorre infatti considerare che, rispetto alla questione in commento, l'impostazione prevalente riconosca anche all'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di trasformazione una efficacia di tipo costitutivo.

Se, alla luce di quanto finora premesso, è vero che per poter adottare l'atto di trasformazione di una per banca popolare è necessario preventivamente il provvedimento dell'Autorità di vigilanza<sup>517</sup>, se è vero che l'operazione straordinaria in commento non produce effetti senza l'iscrizione nel registro delle imprese dell'atto di trasformazione<sup>518</sup> e se infine è vero che per poter espletare tale adempimento il notaio deve preventivamente aver ottenuto il provvedimento dell'Autorità di vigilanza<sup>519</sup>, allora se ne deduce che l'accertamento della Banca d'Italia è condizione necessaria non solo per

---

*ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in Notariato 2005, p. 50 ss.) infine la tesi prevalente è però quello secondo cui la riforma abbia riconosciuto alla pubblicità un effetto costitutivo rendendo l'iscrizione non solo opponibile ai terzi al modifica statutaria ma anche nei rapporti interni alla società (G.F.CAMPOBASSO, op.cit., pag.507, secondo cui la delibera non iscritta non può essere eseguita anche perché la sostituzione del controllo giudiziario con il controllo notarile ha prodotto tempi di iscrizione più ridotti; SALAMONE, *Commento all'art. 2448*, in Società di capitali, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 1287; PETRAZZINI, *Commento all'art. 2436 c.c.*, in Il nuovo diritto societario, Artt. 2409 bis-2483, Bologna 2004, p. 1387; DE ANGELIS, *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in Le società 2003, p. 1438; BENASSI, *Commento all'art. 2436*, in Il nuovo diritto delle società, Commento sistematico al D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 aggiornato al D.Lgs. 28 dicembre 2004 n. 310, a cura di Maffei Alberti, vol II, pp. 1469 ss.; FERRONI E PREITE, *L'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle delibere di modifica dell'atto costitutivo*, in Vita Not. 2004, pp. 1767 ss.)

Come correttamente evidenziato da Atlante (cui si rinvia per approfondimenti a “*Gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese di delibere modificative dello statuto di società di capitali: il nuovo art. 2436 quinto comma c.c.*” Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 24 marzo 2006 ) la norma in commento ristretto alle sole delibere modificative dello statuto cui la legge non accordi un peculiare regime pubblicitario con disposizioni speciali (come per le trasformazioni). La riforma societaria ha posto però la medesima problematica anche per l'individuazione le trasformazioni societarie alla luce dell'analoga previsione contenuta nell'art. 2500 c.3 c.c. Il problema rispetto alla trasformazione delle banche popolari si complica ulteriormente per due ragioni, in primis per la disciplina peculiare cui sono sottoposte le operazioni straordinari delle cooperative (in particolare l'art.2545 decies c.c. dedicato alla trasformazione), ed in secondo luogo perché le banche popolari oltre ad essere soggette alle normativa codicistica sono poi sottoposte anche alla ulteriori previsioni contenute nel TUB e nella normativa secondaria della banca d'Italia. Quanto all'art. 2545 decies c.c. lo stesso non specifica nulla sull'efficacia dell'atto di trasformazione. Per tal motivo due tesi una prima minoritaria ritiene applicabile il 2500 c.3 (G.RACUGNO, *La società cooperativa*, in trattato Buonocore, 2006). Una seconda prevalente che qualificando la trasformazione da cooperativa in spa come trasformazione eterogenea rinvia all'art.2500 novies che non riconosce efficacia alla delibera dal momento delle iscrizioni ma solo dopo che siano trascorsi 60 giorni dall'ultimo adempimento pubblicitario (G.CAPO, *Commento art. 2545 decies*, in commentario Alpa Mariconda, 2009; C.G.COVERSE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Siena, 2004; G.BONFANTE, *Commento art. 2545 decies*, in commentario Cottino, 2004). Quanto predetto pare comunque confermare la tesi costitutiva, anzi con tutta probabilità la rafforza, infatti nel 2500 novies vi è una mera sospensione di efficacia (legata alla mancata opposizione) e quindi la pubblicità permane costitutiva.

<sup>517</sup> In tal senso le disposizioni di vigilanza 21 marzo 2007 rinvenibili sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

<sup>518</sup> In tal senso il combinato disposto tra l'art.2545 decies c.c. e l'art. 2500 c.c. o l'art. 2500 novies c.c. a seconda dalla soluzione interpretativa prescelta.

<sup>519</sup> In tal senso l'art. 56 del TUB.

l'adozione dell'atto trasformazione e per la sua iscrizione nel registro, ma anche per la sua efficacia non solo rispetto ai terzi ma anche nei rapporti interni.

Alla luce di quanto predetto forse si potrebbe ritenere paradossale, in virtù del *nomen*, non riconoscere una dimensione costitutiva al provvedimento dell'Autorità e quindi non classificarlo come autorizzazione.

In ogni caso al di là dell'effetto riconosciuto all'autorizzazione o della argomentazione legata alle dinamiche pubblicitarie, si comprende bene che il tema centrale è però quello di stabilire a quale discrezionalità faccia riferimento la norma.

## 2.5 Tirando le somme: La sana e prudente gestione è una clausola generale espressione di discrezionalità tecnica?

Quanto al concetto di sana e prudente gestione, cui fa riferimento indirettamente l'art. 31 attraverso il rinvio all'art.56., le visioni prospettabili sono sostanzialmente tre, cioè quella di ritenere questo richiamo come una forma di discrezionalità amministrativa, quella di considerare questa clausola generale come una normale ipotesi di discrezionalità tecnica ed infine quella di collocare questa previsione nell'alveo di quella discrezionalità tecnica connotata però dalla sovrapposizione del momento dell'opinabilità con quello dell'opportunità.

Una parte della dottrina qualificava il richiamo alla sana e prudente gestione, contenuto nelle norme del Testo Unico riferite alle autorizzazioni, come l'attribuzione di discrezionalità amministrativa alla Banca d'Italia. In tale ottica si affermava infatti che il richiamo in commento ponesse l'autorità nelle condizioni di ponderare l'interesse pubblico principale con gli interessi secondari coinvolti<sup>520</sup>, tanto che secondo autorevolissima dottrina il concetto di sana e prudente gestione ha introdotto *“un grado di discrezionalità ancor maggiore di quella esistente in passato, sia pur per finalità diverse”* e prodotto *“la conservazione, ed anzi il potenziamento di un istituto vecchio, quello della discrezionalità amministrativa dell'autorità creditizia nell'esercizio della funzione di vigilanza”*<sup>521</sup>. In termini altrettanto netti altra parte della dottrina considerava contraria alla logica comunitaria la previsione della sana e prudente gestione *“come criterio generale per il rilascio dell'autorizzazione”* finendo per *“anteporre un criterio prospettico di stabilità a quello di concorrenzialità dell'impresa”*, con conseguente riconoscimento di discrezionalità amministrativa per la Banca d'Italia<sup>522</sup>.

Altra impostazione riconosce invece alla sana e prudente gestione la dimensione di clausola generale da riempire di contenuto attraverso il ricorso alle regole tecniche richiamate, riducendo quindi la formula ad espressione di mera

---

<sup>520</sup> M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1, Milano, 2000, la definisce come *una comparazione quantitativa e qualitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie”*.

<sup>521</sup> G.MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *La nuova legge bancaria prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia* a cura di Marielena Rispoli Farina, 1995, p.11

<sup>522</sup> F.MERUSI, *Autorizzazione all'esercizio*, in *Diritto bancario comunitario* a cura di Guido Alpa e Francesco Capriglione, p.108

discrezionalità tecnica<sup>523</sup>. Aderendo alla tesi del Giannini questa impostazione, ritiene che la sana e prudente gestione sia una di quelle ipotesi qualificate, per un errore storico della dottrina, come forme di discrezionalità, in quanto non attribuendo il potere di compiere valutazioni di opportunità ma solo giudizi a contenuto scientifico seppur opinabili, non fa residuare alcun margine di discrezionalità. *“La discrezionalità si riferisce infatti ad una potestà di giudizio e volontà insieme; la discrezionalità tecnica si riferisce ad un momento conoscitivo e implica solo giudizio”*<sup>524</sup>. Quanto detto significa che le valutazioni tecniche della sana e prudente gestione, non avendo alcuna dimensione decisionale, non sarebbero tese a realizzare la scelta più idonea per soddisfare l’interesse pubblico con il minor sacrificio degli interessi secondari coinvolti.

L’impostazione a cui si aderisce è invece quella del Cintioli seppur riveduta, tale tesi infatti è quella che ritiene di rinvenire ipotesi nelle quali a causa della contaminazione tra diritto e tecnica, non è più possibile una distinzione netta tra discrezionalità tecnica ed amministrativa, in quanto l’opinabilità e l’opportunità *“appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario”*<sup>525</sup>. Nell’ottica del Cintioli, le scelte tecniche in molti casi assorbirebbero quindi anche il momento della convenienza seppur valutata alla luce del criterio tecnico, rendendo così *“impalpabile la linea di demarcazione tra diritto e tecnica”* mescolando *“l’attività di interpretazione della norma con la di ponderazione degli interessi in gioco”*<sup>526</sup>.

Secondo il Cintioli però una simile ricostruzione non si attaglierebbe perfettamente alle Autorità indipendenti, per le quali pur ponendosi come centrale il problema della clausole generali e dei concetti indeterminati (come la sana e prudente gestione) e quindi delle integrazioni tecniche delle stesse<sup>527</sup>, tuttavia la questione della sovrapposizione tra opinabilità e opportunità non si porrebbe in modo rilevante.

Dallo studio della normativa bancaria risulta invece assolutamente centrale il tema delle valutazioni tecniche caratterizzate da una sovrapposizione tra opinabilità ed opportunità. La sana e prudente gestione, clausola chiave della normativa bancaria, rappresenta dunque un esempio emblematico della sovrapposizione tra opportunità ed opinabilità nella discrezionalità tecnica delle autorità indipendenti. Le fattispecie autorizzatorie e non, che si richiamano alla sana e prudente gestione richiedono un procedimento logico che inscindibilmente unisce l’attività di riempimento della clausola generale attraverso conoscenze tecniche dal risultato opinabile con il profilo dell’interesse pubblico da realizzare. Si giustifica in tale ottica la posizione assunta da quella parte delle dottrine che, in maniera forse imprecisa ma sostanzialmente corretta, riteneva che prevedere la sana e prudente gestione quale criterio generale per il rilascio dell’autorizzazione abbia finito per anteporre l’interesse alla stabilità dell’intermediario a quello di concorrenzialità dell’impresa. Il giudice è quindi tenuto alla ponderazione degli interessi in queste fattispecie peculiari di

---

<sup>523</sup> In tal senso A.ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 2009, p.51; contra R.COSTI, *Ordinamento bancario*, op.cit., parla addirittura di atto dovuto.

<sup>524</sup> M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, p.56

<sup>525</sup> F.CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005, p.204

<sup>526</sup> *Ivi*, p.205

<sup>527</sup> *Ivi*, p. 319

discrezionalità tecnica, e non solo al riempimento di contenuto della clausola generale.

In tale solco, seppur in modo talvolta non dichiarato, pare prosi anche parte della giurisprudenza amministrativa.

Una sentenza che mi pare vada in questa direzione è la n. 2725 T.A.R. Roma, (Lazio), sez. III, 10/03/2014, la quale non riconosce alla Banca d'Italia un potere "notarile", essendo invece richiesto alla stessa (in caso di modifica statutaria in specie in caso di aumento di capitale) un vaglio specificamente rivolto ad accertare la credibilità dell'intera operazione a beneficio dei soci, degli investitori anche qualificati e dei risparmiatori, in sicura coerenza con le funzioni istituzionali assegnate dalla Banca d'Italia. Ciò sia con riguardo allo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del TUB sia, più in generale, con riguardo all'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5, TUB, in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.).

Ancor più diretta sembra poi la sentenza n. 6157 T.A.R. Roma, (Lazio), sez. I, 09/08/2005<sup>528</sup>, secondo la quale non si può dubitare che *"l'apprezzamento rimesso dalla legge alla Banca d'Italia in merito alla sana e prudente gestione (recte: alla compatibilità dell'operazione da autorizzare con la sana e prudente gestione del soggetto vigilato) sia riconducibile alla categoria delle valutazioni tecniche complesse, ossia a quel particolare tipo di giudizi implicanti l'apprezzamento di una serie di elementi di fatto - definiti nella loro consistenza storica o naturalistica - in relazione fra di loro ed alla stregua di regole che non hanno il carattere di regole scientifiche, esatte e non opinabili, ma sono il frutto di scienze inesatte ed opinabili, di carattere prevalentemente economico. Ed infatti, in tali valutazioni complesse, volte all'applicazione di concetti giuridici indeterminati, è dato registrare sovente una contestualità cronologica ed una parziale sovrapposizione logica tra il momento della valutazione tecnica e la ponderazione dell'interesse pubblico, e più in generale la fusione dei due momenti in un procedimento logico unitario, a ciò conseguendo il riconoscimento di un potere di valutazione tendenzialmente riservato all'amministrazione e l'esclusione di un sindacato giurisdizionale caratterizzato dalla possibilità di sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione.*

*Né sembra che possa esser messa in discussione l'esistenza di questa sfera riservata di attribuzioni in capo alla Banca d'Italia, derivante, oltre che dalle illustrate caratteristiche degli apprezzamenti in questione, dalla rilevanza, nelle relative scelte, di interessi di rango primario, protetti da norme costituzionali, la cui ponderazione è spesso affidata dal legislatore ad articolazioni dell'amministrazione dotate di una particolare legittimazione, sotto il profilo della qualificazione tecnica (sui punti riportati v. Cons. Stato, sez. VI, n. 5156/02, cit.).*

*Difatti, le particolarità del settore creditizio, pur non consentendo di giustificare ulteriormente la sopravvivenza del (discusso) ordinamento sezionale, si spiegano alla luce della complessiva considerazione dell'attività bancaria quale perno attorno a cui ruota un'ordinata vita economica, conclusione cui può fondatamente giungersi attraverso una piana lettura dell'art. 47 Cost. (a tenore del quale la*

---

<sup>528</sup> Sul tale sentenza si veda la nota di CAMILLI, *Verso un modello generalizzato di sindacato sui poteri neutrali?*, in Foro amm. TAR, fasc.11, 2005, pag. 3564.

*Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito; v., sulla rilevanza del citato art. 47 e sui suoi rapporti con l'art. 41 Cost., Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 2002, n. 5640)".*

Del resto queste affermazioni sono probabilmente avallabili anche da altre ragioni che però potrebbero, almeno apparentemente, sembrare idonee a demolire una ricostruzione di questo tenore argomentativo. Ci si riferisce nello specifico alle istruzioni di vigilanza contenute nella circolare Istruzioni di Vigilanza per le banche Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 poi modificate dalle disposizioni di vigilanza del 21 marzo 2007 ed infine alla evoluzione prodotta dall'introduzione delle disposizioni di vigilanza contenute nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e dei successivi aggiornamenti.

In generale si può affermare che con le disposizioni di vigilanza la Banca d'Italia tende anche a limitare la propria discrezionalità predeterminando i criteri della sua azione, tuttavia dalla analisi delle stesse emerge come in realtà questa autolimitazione non determini una soppressione totale dello spazio valutativo attribuite dalle normative di rango superiore. Quanto detto è quanto mai vero per l'autorizzazione alle modifiche statutarie, anche se in realtà un ragionamento analogo, seppur con le dovute differenziazioni del caso, è probabilmente prospettabile anche per l'autorizzazione di cui all'art.14.

La dottrina<sup>529</sup> ha infatti evidenziato come in effetti l'art. 14 preveda come elemento da considerare ai fini del riconoscimento dell'autorizzazione all'istante, oltre ad una serie di condizioni specifiche<sup>530</sup> alle quali subordina il rilascio dell'autorizzazione, anche il rispetto del requisito della conformità alla sana e prudente gestione che però è in certo senso assorbita (o che comunque vede ridotto lo spazio discrezionale) dalle autolimitazioni nella valutazione delle predette condizioni specifiche<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> In tal senso F.MAIMERI, *Commento art.56 tub*, in Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a cura di F.Capriglione, 2012, p.688 ove si segnala la vicinanza delle previsioni di cui agli artt. 14 e 56 TUB.

<sup>530</sup> L'autorizzazione all'attività bancaria viene rilasciata ove siano rispettate alcune condizioni: "a) sia adottata la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata;

a-bis) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio;

b) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia;

c) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto;

d) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate;

e) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, ai sensi dell'articolo 26;

f) non sussistano, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza.

2. L'autorizzazione è rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia; è negata, dalla Banca d'Italia o dalla BCE, quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione.

3. Non si può dare corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese se non consti l'autorizzazione del comma 1"

<sup>531</sup> Le disposizioni di vigilanza contenute nella circolare n.285/2013 (titolo I – capitolo 1 autorizzazione all'attività bancaria sezione i disposizioni di carattere generale 1. premessa) prevede che: "la Banca d'Italia rigetta direttamente le domande di autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni sopra indicate non risulti garantita la sana e prudente gestione. Negli altri

Nell'art.14<sup>532</sup> infatti, seppur al secondo comma si sia richiamata la clausola generale della sana e prudente gestione, si sono predeterminate le condizioni in modo almeno apparentemente puntuale anche alla luce dell'autolimitazione<sup>533</sup> (non elisione) della discrezionalità prodottesi con le disposizioni di vigilanza<sup>534</sup>, l'art. 56 invece pare sul punto ben più evanescente facendo riferimento solo ed esclusivamente al criterio della sana e prudente gestione<sup>535</sup>.

Analogamente a quanto rilevato dalla dottrina<sup>536</sup> per le autorizzazioni all'ingresso di cui all'art. 14 T.U.B., residuano in capo alla Banca D'Italia poteri di conformazione rilevanti anche in sede di accertamento di sana e prudente gestione delle modifiche statuarie. Nonostante già dalle disposizioni di vigilanza del 21 marzo 2007<sup>537</sup>, in funzione di semplificazione, si sia soppressa la duplicità

---

*casì sottopone una proposta di decisione alla Banca centrale europea, che concede o nega l'autorizzazione".*

<sup>532</sup>S.AMOROSINO, Sub art. 14 tub, in F.Capriglione (a cura di) Commentario al testo unico delle leggi bancarie e creditizia, Padova, 1994; id., *La regolazione pubblica delle Banche*, cedam, 2016, p.117 e ss., ove l'A. analizza e sembra ripartire in almeno tra fasi l'evoluzione della funzione della disciplina dell'autorizzazione all'ingresso nel mercato del credito. La prima che va dalla emanazione della legge bancaria del '36 agli anni '80 (ove le autorizzazioni erano in funzione di manovra del settore), una seconda invece che va dall'80 all'85 (ove i procedimenti autorizzatori erano in funzione di programmazione), una terza che parte dall'85 e si protrae fino ai giorni nostri, dapprima con la disciplina introdotta dall'art.14 T.u.b. nel 1993 e poi dalle modifiche del relativo procedimento in virtù del SSM (Reg. 1024/2013) che ha previsto un procedimento cogestito tra Banca d'Italia e BCE. In tal fase l'autorizzazione assume funzione di controllo della sussistenza delle condizioni, secondo un modello accertativo preventivo che produce, una volta venuta ad esistenza il provvedimento, un effetto costitutivo. In questa fase la procedura autorizzatoria assolve ad una funzione di verifica preventiva della sussistenza delle condizioni legali a cui è subordinato il rilascio, il che non determina il venir meno dello spazio di valutazione tecnica seppur delimitato da parametri fissati dalla regolazione.

<sup>533</sup> *Ivi*, p.125/126 ove l'A. riconosce che l'autolimitazione (momento in cui, a mio parere, si anticipa l'esercizio della discrezionalità normativamente riconosciuta all'autorità) dei criteri di valutazione dei requisiti per il rilascio del provvedimento di autorizzazione (es. di valutazione del programma, della organizzazione, dei controlli) non costituiscono una annullamento del margine di discrezionalità tecnica. In tale ottica si pongono infatti i penetrantissimi poteri conformativi sull'autonomia della società richiedente l'autorizzazione sia sulla struttura aziendale (statuto) e sia sulle strategia imprenditoriali (programma).

<sup>534</sup> Sul punto si vedano le Disposizioni di vigilanza per le banche Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, Autorizzazione all'attività bancaria (Parte Prima, Tit. I, Cap. 1)

<sup>535</sup> Sul punto disposizioni di vigilanza (nella circolare n.285/13) idonee a limitare la discrezionalità dell'autorità, in senso però forse non analogo a quanto disposto per l'art. 14, sono da rinvenire nel TITOLO IV, CAP.1 SEZ.1, PREMessa (ove si afferma che: "La Banca centrale europea e la Banca d'Italia valutano l'adeguatezza delle soluzioni organizzative e di governo societario adottate avendo riguardo all'attuazione piena e sostanziale delle presenti disposizioni e alle finalità che esse intendono conseguire. Le presenti disposizioni rappresentano inoltre criteri di accertamento da parte della Banca d'Italia della conformità degli statuti alla sana e prudente gestione, ai sensi dell'art. 56 TUB").

<sup>536</sup>S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle Banche*, cedam, 2016, p.126

<sup>537</sup>G.MARTINA, *Commento art.56 Tub*, in Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Concetto Costa, 2013, p.645, ove si richiamano le disposizioni di vigilanza del 21 marzo 2007 che hanno riconfigurato il procedimento di accertamento sulle modificazioni statutarie delle banche e delle società finanziarie capogruppo, disciplinato dalla Circ. n. 229 (Titolo III, Cap. 1, Sez. II, parr. 1 e 2) e da altre successive disposizioni che si articolava in due fasi: la prima, consisteva in una informativa preventiva sui progetti di modificazione, da rendere entro breve tempo dalla deliberazione del progetto da parte dell'organo amministrativo; sulla base di tale comunicazione la Banca d'Italia poteva formulare osservazioni, che devono essere valutate dall'organo amministrativo prima che il progetto fosse sottoposto all'approvazione dell'assemblea dei soci; – la seconda, era avviata successivamente a detta assemblea con la comunicazione alla Banca d'Italia del verbale nel quale sono contenute le

delle fasi nel procedimento di accertamento, non è venuto però meno il potere di conformazione della modifica all'interesse pubblico alla sana e prudente gestione.

Alla luce di queste constatazioni, se da un lato si deve riconoscere che l'autorizzazione in commento non assolva ad funzione di programmazione<sup>538</sup> ma di controllo<sup>539</sup>, tuttavia dall'altro lato si può probabilmente sostenere che tale funzione conformativa (dello statuto) legittimi forse una lettura in senso orientativo<sup>540</sup> e non meramente precauzionale<sup>541</sup> del controllo.

In conclusione si può ribadire che tale provvedimento rientra tra quelli caratterizzati da una sovrapposizione tra opinabilità ed opportunità, in cui il profilo dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio e del mercato emerge con rilevanza. Questa petizione si giustifica considerando che l'art. 56 del TUB riconosce margini di discrezionalità allo scopo di consentire alla Banca d'Italia di ponderare (o meglio temperare) l'interesse privatistico dei soci ad autodeterminare l'assetto organizzativo della società attraverso lo statuto, con quello di matrice pubblicistica riassuntivamente riprodotto nella clausola generale della sana e prudente gestione degli istituti bancari. A ciò si aggiunga che la sana e prudente gestione seppur apparentemente attiene solo alla dimensione microeconomica dell'impresa, in realtà è connessa (almeno in via indiretta) al più

---

modificazioni apportate; in caso di esito positivo, il procedimento si concludeva con il rilascio (entro 90 giorni dal ricevimento della documentazione) di un provvedimento "di accertamento", necessario per dar corso all'iscrizione della delibera nel registro delle imprese (cfr. articolo 56, comma 2, TUB).

Ciò premesso, le richiamate disposizioni sono state modificate dall'intervento delle disposizioni del 2007 nel senso di anticipare il rilascio del provvedimento di accertamento alla fase anteriore alla deliberazione assembleare, sulla base del progetto di modificazione dello statuto comunicato preventivamente alla Banca d'Italia. Tale procedura riguarda tutte le modificazioni statutarie e non solo quelle per le quali le previgenti Istruzioni stabilivano l'obbligo di informativa preventiva. La Banca d'Italia, ove accerti che le modificazioni statutarie proposte non contrastano con una sana e prudente gestione, rilascia il citato provvedimento entro 90 giorni dalla ricezione della comunicazione effettuata dalla banca, condizionandone l'efficacia alla conformità delle deliberazioni assunte dall'assemblea dei soci al progetto esaminato e alle eventuali osservazioni formulate dalla stessa Banca d'Italia all'esito dell'esame. Detta verifica di conformità – che rientra nella competenza primaria del notaio incaricato degli adempimenti pubblicitari – sarà effettuata anche dalla Filiale della Banca d'Italia al fine di segnalare all'azienda interessata eventuali difformità; se richieste, le Filiali potranno rilasciare un'attestazione di conformità in tal senso.

<sup>538</sup> L'autorizzazione con funzione di programmazione, in tal caso è strumentale agli indirizzi contenuti in una programmazione settoriale. In tal caso le autorizzazioni sono predisposte al fine di coordinare le attività dei private in relazione a programmi precedentemente approvati dall'amministrazione (G.ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2017, p.339).

<sup>539</sup> L'autorizzazione con funzione di controllo, cioè un procedimento di accertamento dei requisiti preliminare rispetto all'esercizio di alcune attività. La nozione di controllo descrive un procedimento di verifica di un certo comportamento e/o attività alla stregua di un dato parametro (come un limite) verifica che è preordinata all'adozione di una misura. (Cfr. Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, a cura di S.PERONGINI, 2017, p.381).

<sup>540</sup> L'autorizzazione con scopo orientativo, ha come obiettivo non solo negativo (quello di impedire un pregiudizio all'interesse pubblico) ma anche positivo (l'autorizzazione è cioè uno strumento per conseguire finalità positive). (Cfr. G.NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p.359).

<sup>541</sup> L'Autorizzazione con scopo precauzionale, in tal senso l'autorizzazione costituisce una mera rimozione di un limite che ha come funzione quella di impedire o meglio prevenire il pregiudizio all'interesse pubblico. (Cfr. G.NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008, p.359).



ampio profilo macroeconomico<sup>542</sup> della tutela del risparmio in senso oggettivo<sup>543</sup> e quindi alla stabilità e competitività del mercato<sup>544</sup>.

La dimensione conformativa dell'autonomia dei privati è difficilmente compatibile con una lettura della sana e prudente gestione ridotta a pura e semplice discrezionalità tecnica (nel senso di mera opinabilità), cioè a semplice riempimento di contenuto di una clausola generale attraverso una scienza dal risultato applicativo opinabile, in tale ottica il momento valutativo e di contemperamento sarebbe del tutto assente. La discrezionalità tecnica della Banca d'Italia presenta invece evidenti connessioni con il momento dell'opportunità<sup>545</sup>.

La validità di questa argomentazione credo possa essere avvalorata anche dalla lettura più complessiva delle riforma che riconosce alla ridefinizione dei criteri e della dizione del provvedimento, una finalità agevolativa della esigenza

---

<sup>542</sup> L'ordinamento tutela la concorrenza quale "condicio sine qua non" per poter realizzare istituti bancari solidi. La solidità delle imprese bancarie garantisce l'efficienza delle stesse e la loro stabilità nonché quella più complessiva del mercato. Senza concorrenza (in un mercato non più sottoposto a dirigismo amministrativo) non può quindi assicurarsi stabilità di lungo periodo al mercato. La stabilità del singolo intermediario si collega alla stabilità del mercato e quindi alla tutela del risparmio (ex art. 47 cost.) in senso non solo soggettivo ma anche oggettivo. Ciò spiega anche perché la tutela della concorrenza non preclude la conformazione degli interessi del privato all'interesse pubblico alla tutela del risparmio. Per approfondimenti P.CIOCCA, *Vigilanza: una o più istituzioni Intervento al convegno sul tema: "I nuovi assetti dei mercati finanziari: quale organizzazione della vigilanza?"*, Bologna, 4 maggio 2001, in *Banca impresa società*, 2001, fasc. 3, p.432

<sup>543</sup> M.NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, p.34 e ss., Milano, 1969;

<sup>544</sup> Sul punto rispetto alle Istruzioni di vigilanza contenute nella circolare n.229/1992, ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 2006, Milano, p.244, ove si fa riferimento al problema della specificazione delle regole tecniche con cui si declina la verifica del rispetto della sana e prudente gestione. Secondo l'A. il richiamo nelle istruzioni (sez.2, titolo III, CAP.1) non solo alla verifica dell'inesistenza di elementi idonei ad impedire l'ordinato svolgimento della gestione aziendale, ma anche alla verifica dell'inesistenza di elementi inadeguati a determinare incertezze al pubblico, ha prodotto una verifica di sana e prudente gestione che comprende anche la tutela del mercato.

<sup>545</sup> S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cedam, 2016, p.38 e ss., ove si afferma che "la qualificazione giuridica delle funzioni esercitate dalle Autorità non è agevole. Si discute se si tratti di poteri discrezionali, nel senso amministrativistico di facoltà di scegliere, nell'ambito dei fini e criteri indicati dalla legge, le soluzioni ritenute più consone agli interessi pubblici e privati in gioco; oppure se si sia in presenza dell'esercizio di una discrezionalità tecnica, vale a dire una valutazione non discrezionale che consiste nella acquisizione e qualificazione di fatti e dati sulla base di criteri tecnico-scientifici e nella successiva decisione. Il problema è complicato, in quanto:

– da un lato esistono diverse gradazioni d'intensità della discrezionalità ed è noto che le norme primarie dei tre settori finanziari lasciano amplissimi spazi di decisione alle Autorità "di riferimento", anche in ragione del diffuso ricorso, da parte del legislatore, a concetti/finalità indeterminati (ad esempio: "l'efficacia dei controlli");

– dall'altro le valutazioni a base tecnica possono essere molto variabili ed opinabili, a seconda delle attitudini e degli orientamenti dei valutatori, mettendo capo ad esiti diversi, ma parimenti plausibili;

– dall'altro ancora le valutazioni discrezionali si intrecciano sovente con le valutazioni tecniche, rendendo difficile distinguere le une dalle altre.

Ne discende – per quanto qui interessa – che nell'esercizio delle funzioni, sia di regolamentazione sia di vigilanza operativa, da parte delle Autorità "finanziarie", non è agevole operare una netta separazione tra la sfera propriamente discrezionale e quella tecnica (ma comunque, in queste materie, altamente valutativa).

La realtà presenta una sorta di continuum, fatto di molte sfumature, caratterizzato da un doppio flusso e reciproco influsso: le impostazioni/scelte generali condizionano la valutazione dei dati tecnici e – specularmente – l'analisi e valutazione dei dati tecnici, aggregata su base sistemica, condiziona le scelte generali".

semplificatoria soggettiva, producibile attraverso la trasformazione, indotta nel nome del rafforzamento patrimoniale delle banche e quindi della stabilità mercato.

2.6 Tirando le somme: questa ridefinizione risponde forse ad una logica di semplificazione?

Qualche commentatore ha dato una lettura della ridefinizione da autorizzazione ad accertamento nel senso di riconoscere implicitamente alla stessa una funzione di semplificazione. Si ritiene che questa affermazione non sia del tutto corretta o comunque richiederebbe la necessità di fornire qualche meritevole precisazione rispetto al tipo stesso di semplificazione cui si fa riferimento. La semplificazione può infatti avere numerose declinazioni, oltre alla semplificazione legislativa ci sono infatti la semplificazione degli uffici pubblici, delle procedure, dei servizi locali in forma imprenditoriale, nonché quella informatica e dei soggetti pubblici.

In tal caso però probabilmente non si può parlare di una semplificazione amministrativa nemmeno a livello procedurale, in quanto come abbiamo avuto modo di osservare la funzione e la natura del potere restano gli stessi, cioè funzione di controllo/vigilanza e potere autorizzatorio caratterizzato da discrezionalità tecnica, non si è quindi determinata alcun cambio di passo rispetto alla precedente previsione normativa, se non rispetto ai criteri espressi, in quanto oggi si fa riferimento solo alla sana e prudente gestione. In passato infatti la previsione contenuta nell'art. 31 non rinvia all'art.56 e richiedeva affinché la trasformazione potesse essere autorizzata che la stessa rispondesse "all'interesse dei creditori", ovvero ad "esigenze di rafforzamento patrimoniale", o ancora a "fini di razionalizzazione del sistema".

Potrebbe allora sembrare che il richiamo alla sana e prudente gestione, non abbia affatto semplificato il procedimento di trasformazione, se il tutto venga alle mosse nell'ottica secondo cui mentre in passato la trasformazione poteva essere legata anche ad esigenze di razionalizzazione del sistema o nell'interesse dei creditori e non solo per esigenze di sana e prudente gestione (categoria all'interno della quale si potrebbe ricomprendere l'esigenza di rafforzamento patrimoniale), riducendo infatti l'area dei presupposti considerabili ai fini dell'autorizzazione alla modifica statutaria.

Ma così non è infatti il richiamo alla sana e prudente gestione era implicitamente presente anche nella vecchia formulazione (contenuta nell'art. 31 Tub), in quanto clausola generale idonea a riconoscere margini valutativi all'Autorità (seppur poi in parte autolimitati dalla normazione secondaria della Banca D'Italia). Tutte le norme del Tub devono essere lette alla luce delle finalità che la vigilanza deve perseguire nell'esplicazione della relativa funzione. Seppur forse non in senso amministrativo, la previsione (l'art. 31 che oggi rinvia al 56) sembra quindi muoversi in una logica di semplificazione quanto ai presupposti attraverso il richiamo ad una clausola più generale in sostituzione di specifiche condizioni.

### **3) Poteri normativi: la legalità sostanziale integrata dalla legalità procedurale.**

La crisi del sistema delle fonti, per opinione concorde della dottrina, è connessa al fenomeno della delegificazione, che ridisegnando l'impostazione sistematica tradizionale, sta ridefinendo non solo il concetto di legalità, ma anche i contorni, un tempo precisi, della categoria delle fonti sublegislative<sup>546</sup>.

Quanto al primo profilo, la crisi rinviene la sua origine in problematiche di tipo tecnico, è infatti proprio nei settori ad elevata competenza tecnica ed economica che il legislatore si trova spesso nell'impossibilità (rectius nella difficoltà) di definire in modo puntuale la previsione astratta, preferendo così delegare poteri normativi alle autorità indipendenti attraverso l'uso di concetti giuridici indeterminati e clausole generali, realizzando così una amministrativizzazione della produzione normativa. Nel settore bancario il Testo Unico ha accentuato tale tendenza all'amministrativizzazione della disciplina, come confermato dalle critiche sollevate, al momento della sua entrata in vigore, da autorevolissimi commentatori che vedevano in tale riconoscimento una inconcepibile incoerenza rispetto ai caratteri della nuova vigilanza<sup>547</sup>.

Questo ovviamente ha posto il problema di valutare la compatibilità di tale tendenza con il principio di legalità e con i principi di rappresentanza politica.

Per una parte della dottrina, l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti pone quindi grossi problemi di compatibilità con la Costituzione, attribuendo, a causa dell'indeterminatezza della legge attributiva, a queste autorità ampi margini di discrezionalità con il conseguente rischio di dar vita ad una regolazione sostanzialmente primaria e svincolata dal circuito di responsabilità politica<sup>548</sup>.

Per l'impostazione prevalente queste rischi sarebbero scongiurati attraverso forme di partecipazione procedimentale in funzione collaborativa dei destinatari della normazione. Attraverso una partecipazione democratica a posteriori verrebbe così marginalizzato il pericolo di lesione del principio di legalità, assumendo lo stesso una dimensione non sostanziale ma procedimentale. Alla carenza di legittimazione democratica delle Autorità soccorrerebbe quindi una legittimazione postergata al momento della normazione<sup>549</sup>.

L'attribuzione di un tale potere alle Autorità indipendenti è da collegarsi ai fondamenti costituzionali cui la dottrina riconnette questo fenomeno e quindi alla necessità di garantire il corretto funzionamento del settore di riferimento a cui sono preposte. Il carattere di autonomia delle autorità indipendenti giustifica quindi, almeno in parte, l'attribuzione del relativo potere attraverso deleghe non

---

<sup>546</sup> M.CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia, Banca Impresa Società, Fascicolo 1*, Aprile 2003, p.46

<sup>547</sup> A.NIGRO, *La nuova legge bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, p.507; V.BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impresa società*, n.2/1994, p.180.

<sup>548</sup> G.B.MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in *Osservatorio sulle fonti* a cura di De Siervo, 1996, p.235

<sup>549</sup> M.CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia, Banca Impresa Società, Fascicolo 1*, Aprile 2003, p.54

ben determinate, a cui si aggiunge l'ulteriore giustificazione della legalità in senso procedimentale.

In tale ottica si spiega la previsione contenuta nell'art. 23 della l.262/2005 che per l'adozione di atti regolamentari impone la previa consultazione delle associazioni di categoria e dei soggetti vigilati e dei risparmiatori ed una serie di ulteriori cautele intese a sopperire all'effetto collaterale dell'indipendenza cioè il deficit di legittimazione democratica di queste autorità. Questa previsione è poi volta ad assicurare anche il rispetto del principio di proporzionalità cioè non solo un adeguato raggiungimento del fine ma anche il minor sacrificio possibile per gli interessi dei destinatari delle norme. Si aggiunga poi che gli atti di natura regolamentare di queste autorità, in deroga alla previsione contenuta nella legge n.241/90 all'art.13, devono essere motivati e supportati anche da una relazione sull'impatto della regolazione (AIR) che mira ad individuare quali saranno gli effetti della nuova normazione sulla disciplina preesistente e sui destinatari.

Quanto al secondo profilo, si consideri che il fenomeno della delegificazione, non ha solo dequotato il principio di legalità da sostanziale a procedimentale, ma ha anche reso più incerti i contorni dell'area delle fonti sublegislative. Infatti la potestà normativa delle autorità indipendenti viene esplicitata attraverso atti aventi denominazioni del tutto eterogenee, il che ha posto il problema della collocabilità degli stessi tra le fonti del diritto o meno, cioè sulla possibilità di ricondurli all'alveo dei regolamenti o a quello degli atti amministrativi a contenuto generale<sup>550</sup>.

Il discrimine non è di poco momento visto che, solo i regolamenti avendo carattere normativo (generalità ed astrattezza delle previsioni) sono fonti del diritto alle quali si applica quindi il principio dello *iura novit curia*, del *nemo ius ignorare censetur*, della ricorribilità in Cassazione per mancata o falsa applicazione<sup>551</sup>.

Dottrina e giurisprudenza si sono quindi poste il problema di dover individuare i caratteri sintomatici ai fini del discrimine in commento.

Sono state proposte almeno due principali e differenti impostazioni per cercare di distinguere tra atti amministrativi generali ed atti normativi.

Secondo una prima impostazione di tipo formale<sup>552</sup> si sarebbe dovuto guardare alla qualificazione ed alla procedura di adozione dell'atto<sup>553</sup>.

Secondo una seconda impostazione si sarebbe dovuto guardare non al dato formale cioè alla qualificazione attribuita all'atto o alla procedura di adozione ma alla sostanza<sup>554</sup>.

---

<sup>550</sup> R.TITOMALIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos*,1/2017, p.9

<sup>551</sup> R.GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit., p.34 e ss.

<sup>552</sup> G.GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro Italiano*, 1953, I, p.573; M.S.GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro italiano*, 1951, IV, p.97 e ss.; i.d., *Diritto amministrativo*, vol.2, Milano, 1993, p.723.

<sup>553</sup> Tale indirizzo aveva però sollevato due principali contestazioni. In primis avrebbe lasciato fuori gli atti sostanzialmente normativi ma non adottati con la necessaria procedura, in secondo luogo avrebbe troppo facilmente consentito l'adozione di atti con divaricazione tra sostanza non regolamentare e forma regolamentare. (cfr. R.GAROFOLI, op.cit., p.35.)

<sup>554</sup> A.DE VALLES, *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro italiano*,1951, IV,p.97.

Questa seconda impostazione è quella ad oggi prevalente, alla quale la dottrina principale aveva optato dando rilievo al profilo della efficacia erga omnes dei regolamenti, rivolgendosi gli stessi a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico.

La giurisprudenza ha però corretto questa impostazione, sulla base del rilievo che non sia sufficiente ad escludere la natura normativa la semplice settorialità della disposizione ed ha optato per il criterio della indeterminatezza del destinatario. Solo nell'atto normativo i destinatari sono indeterminabili sia ex ante che ex post, mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili ex ante ma non ex post, in quanto essendo volto a regolare una situazione particolare, terminata la quale, cessano i suoi effetti<sup>555</sup>.

Poste queste premesse non si deve però pensare che sia così facile in concreto distinguere tra atti amministrativi generali ed atti regolamentari delle autorità indipendenti, non solo perché le autorità indifferentemente usano entrambe le tipologie di atti ma anche perché non usano differenti modalità nella formazione procedimentale o nella definizione dell'atto, anche a causa della indeterminatezza delle leggi di delega. Bisogna quindi considerare anche la capacità dell'atto di innovare l'ordinamento giuridico ponendo norme astratte, la carenza di tali caratteri impedisce infatti di qualificare tale atti come regolamentari<sup>556</sup>.

Calando queste premesse nella riforma in commento, non può non costatarsi come queste garanzie di legalità procedimentale (cioè la consultazione pubblica e l'Air) hanno trovato spazio anche in tale vicenda in cui era stato delegato alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione del rimborso delle azioni, in virtù dell'art. 28 comma 2-ter<sup>557</sup>, potere che la Banca d'Italia ha esercitato emanando le disposizioni secondarie di attuazione della riforma.

Questo regolamentazione è quindi espressione di un potere normativo caratterizzato dalla indeterminatezza dei destinatari (sia ex ante che ex post) e che ha contribuito ad innovare, sulla base dei precetti comunitari, l'ordinamento con previsioni normative astratte come del resto conferma il contenuto delle disposizioni di attuazioni ed il fatto che le stesse siano poi confluite nella Circolare della Banca d'Italia n. 285 "Disposizioni di Vigilanza per le banche"<sup>558</sup>, Parte Terza, Capitolo 4 "Banche in forma cooperativa"<sup>559</sup>.

---

<sup>555</sup> Cfr. A.P. del Consiglio di Stato, 4 maggio 2012, n. 9.

<sup>556</sup> R.TITOMALIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017, p.11

<sup>557</sup> Si prevede che "nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione, morte o esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla Banca d'Italia, anche in deroga a norme di legge, laddove ciò sia necessario ad assicurare la computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza di qualità primaria della banca. Agli stessi fini, la Banca d'Italia può limitare il diritto al rimborso degli altri strumenti di capitale emessi".

<sup>558</sup> S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, op.cit., p.131 e ss. ove si conferma che le disposizioni di vigilanza siano la principale applicazione dell'art. 53 del tub e quindi una fonte del diritto secondaria. Si definiscono infatti le disposizioni di vigilanza come il nocciolo duro della regolamentazione della *governance*.

<sup>559</sup> Che le disposizioni di vigilanza siano regolamenti, pare del resto confermato dalla riforma in commento che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare la limitazione del rimborso in caso di recesso incidendo sulla posizione soggettiva dei soci. In tal modo sembra essere superata la tesi della ANTONUCCI (*Diritto delle banche*, 2000, p.52) secondo cui i provvedimenti della

Questa legalità procedurale non è però antagonista rispetto ad una nozione in senso sostanziale di legalità, la stessa si limita infatti ad integrare quella sostanziale. Assecondando infatti l'ottica sostanzialistica europea si possono infatti rileggere le previsioni europee, prescindendo dal nomen iuris, come mere direttive con finalità di armonizzazione delle normative statuali, idonee a giustificare la previsione del T.u.b., che non costituisce quindi un esempio di delegificazione in bianco ma una forma di applicazione della normativa comunitaria volta alla armonizzazione ed idonea a derogare la normativa societaria interna.

Il tutto implicitamente potrebbe quindi essere interpretato come un nuovo riconoscimento legislativo (sia da parte del legislatore europeo che interno) della necessità di una regolazione conformativa, non meramente condizionale, di matrice sezionale.

Il potere normativo ed il margine di apprezzamento derivante dalla delega in conseguenza della (apparente) genericità delle stessa<sup>560</sup>, potrebbe giustificare la tesi per cui la regolazione della banca d'Italia sia rispondente alla logica della conformazione<sup>561</sup> della situazione del privato all'interesse alla sana e prudente gestione dell'impresa bancaria e quindi il frutto di un bilanciamento in concreto specificativo e coerente della scelta astratta del legislatore interno ed europeo<sup>562</sup>.

Da tale previsione si ricava quindi che la regolazione delle autorità indipendenti ed in special modo della Banca d'Italia non è quindi necessariamente condizionale, ma può ben essere rispondente alle logiche prudenziali connesse però ad una dimensione conformativa dell'interesse privato.

---

predetta autorità abbiano efficacia solo rispetto ai soggetti sottoposti alla vigilanza e non abbiano quindi i caratteri delle fonti secondarie non avendo carattere generale.

<sup>560</sup> L'art. 1 del d.l. 3/2015 ha poi posto, come già detto nel precedente capitolo, problemi di legittimità costituzionale in quanto ha conferito alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di esclusione, "anche in deroga a norme di legge", del diritto al rimborso delle azioni al socio recedente. Tuttavia secondo impostazione consolidata non è possibile, in ossequio al principio di legalità, che la banca d'Italia possa adottare regolamenti delegificazione in deroga a norme di legge non predeterminate nella delega. Sul punto si deve evidenziare che non sia questo il caso, alla luce della matrice comunitaria della previsione dell'art. 28 del tub. Sul punto si rinvia al capitolo 2.

<sup>561</sup> S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cedam, 2016, p.39/40 ove a conferma dalla dimensione discrezionale a valutativa della Banca d'Italia si richiamano i poteri conformativi delle imprese bancarie attraverso le regolazioni secondarie e terziarie soggette comunque alla procedura di *notice and comment*.

<sup>562</sup> Sul punto G.DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, 1997, p.275, ove si rileva che il riconoscimento di un potere regolamentare alle autorità indipendenti implica il riconoscimento di un margine di ponderazione di interessi e comparazione tra finalità confliggenti, che il legislatore si limita ad indicare.

## 4)Conclusioni

4.1 Conclusione del capitolo: la riforma è nuova conferma della tesi dell'ordinamento sezionale del credito o è un ulteriore sintomo della dimensione anacronistica di questa ricostruzione ormai incapace descrivere il quadro giuridico positivo ?

Nel tentativo di fornire una risposta alla domanda se la riforma sia una conferma della impostazione che descrive l'ordinamento del credito ancora in senso sezionale o una sua ulteriore smentita, si utilizzerà un procedimento logico antico ma efficace: la dialettica triadica<sup>563</sup>.

Si partirà da una tesi (quella della conferma della natura di ordinamento sezionale), si svilupperà poi un'antitesi (cioè quella del superamento della tesi gianniniana) ed infine si arriverà ad una sintesi (del cui contenuto poi si dirà).

### 4.2 Premessa

Massimo Severo Giannini nel 1949 definì il credito, sulla base della tesi romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici, come un ordinamento sezionale o settoriale caratterizzato da tre elementi:

- 1) un'organizzazione incentrata su un'autorità di vertice, con poteri normazione secondaria sui comportamenti dei soggetti autorizzati ad operare,
- 2) la presenza di un ordinamento chiuso all'interno del quale sono inseriti ed operano i soggetti autorizzati;
- 3) l'assoggettamento degli atti rilevanti dei soggetti autorizzati al controllo amministrativo dell'Autorità.

La Banca d'Italia, esercitando la funzione di vigilanza ed il potere di regolamentazione (con il Ministero del Tesoro ed al CICR), dirigeva il settore del credito e l'operato dei singoli istituti bancari all'assetto di interessi fissato dalle direttive (della B.d.I e del CICR). Si trattava infatti di un mercato amministrato in modo da scongiurare gli effetti negativi derivanti dall'eccesso di concorrenza interna, alla luce della qualificazione dell'attività bancaria in termini di pubblico servizio<sup>564</sup>.

La Banca d'Italia nell'esercizio dei poteri che le erano stati attribuiti godeva quindi di un rilevantissimo spazio di apprezzamento, il che significò il riconoscimento alla stessa di discrezionalità amministrativa<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> Già l'etimologia della parola (che deriva dalle parole del greco antico διαλεκτική e τέχνη) in un studio attinente al rapporto tra tecnica e diritto pare del tutto coerente con lo scopo del lavoro di spiegare la tecnica con la τέχνη.

<sup>564</sup> Per approfondimenti si veda S.AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in Banca borsa tit. cred., fasc.1, 1995, pag. 58 ss.

<sup>565</sup> S.AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in Banca borsa tit. cred., fasc.1, 1995, in cui si afferma che "Nell'esercizio dei poteri attribuiti era amplissima la discrezionalità della Banca d'Italia. Nel caso delle vicende di acquisizione o di salvataggio di banche era un vero e proprio

Sulla base poi delle critiche avanzate da Nigro, il modello dell'ordinamento sezionale fu adeguato alle nuove impostazioni del diritto amministrativo, fu infatti correttamente fatto notare che la presenza di poteri di direzione e controllo pubblico ed il perseguimento di fini sociali, non era sufficiente a qualificare l'attività creditizia in termini di servizio pubblico perché non vi era erogazione di esso in favore dei cittadini.

Un vero cambio di paradigma si ebbe poi sotto l'influenza comunitaria che portò al T.U. Bancario, d.lgs. n. 385/1993 e che tra le altre cose ha determinato il venir meno del potere di *direzione* di Banca d'Italia, per quanto riguarda sia gli assetti del mercato bancario interno sia le singole società bancarie.

La questione è stata quindi quella di valutare se tale cambio di paradigma abbia determinato il venir meno dell'ordinamento sezionale o meno.

Secondo alcuni autori la tesi dell'ordinamento sezionale non è più compatibile con un sistema in cui la Banca d'Italia non svolge una funzione di direzione tanto rispetto all'mercato interamente considerato, tanto rispetto alle singole società bancarie. Lo statuto dell'impresa bancaria non sarebbe cioè compatibile con una visione sezionale dell'ordinamento che presuppone un potere di direzione<sup>566</sup>.

In senso opposto invece altra dottrina<sup>567</sup> che ricostruendo il sistema del credito, anche dopo l'entrata in vigore del T.u.b., in termini di conformazione non funzionalizzata dell'impresa bancaria tende a superare le resistenze della precedente impostazione.

Infatti in primis, osserva questa dottrina<sup>568</sup>, sono pienamente compatibili poteri conformativi con la concezione d'impresa bancaria e con l'impostazione di mercato configurata dal sistema comunitario. I poteri conformativi ai quali ci si riferisce sono infatti i poteri normativi e quelli espletati nell'esercizio della funzione di vigilanza, che determinano un livello d'ingerenza amministrativa accettabile anche per *“un sistema comunitario di piena affermazione del mercato, in quanto i precetti e gli interventi conformativi sono finalizzati proprio al corretto ed ottimale stare sul mercato di tutte e di ciascuna impresa bancaria”*.

---

*potere di adjudication, ma anche nei casi di vigilanza ordinaria, sui casi singoli, era una discrezionalità “più che tecnica” in quanto veniva valutata — già in sede di autorizzazione all'attività — innanzitutto la potenziale incidenza della nuova banca sugli esistenti equilibri del mercato e poi l'idoneità del soggetto a stare nel mercato alla luce dei suoi programmi imprenditoriali, dell'organizzazione, della qualificazione degli esponenti bancari”*.

<sup>566</sup> R.COSTI, *L'ordinamento bancario*, op.cit.; F.MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in ,1989, I, p. 169; L.TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, op.cit.,p.

<sup>567</sup> S.AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, Banca borsa tit. cred., fasc.1, 1995 ove si afferma che *“è sufficiente leggere il sommario del nuovo t.u., per aver chiarito come dall'insieme emerga un'imponente massa di dati positivi - che attengono ai tre elementi costitutivi - che confermano la permanenza dell'ordinamento sezionale: dal rinvio continuo a normazioni amministrative secondarie e terziarie, integrative e specifiche, alla disciplina dell'autorizzazione all'attività bancaria; all'autorizzazione per la partecipazione al capitale delle banche, alle discipline di particolari categorie di banche; alla vigilanza, (informativa, regolamentare, ispettiva e consolidata) alla disciplina dei gruppi; ai fortissimi poteri d'ingerenza in casi di crisi; ai precetti in tema di trasparenza; alle sanzioni”*.

<sup>568</sup> S.AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in Banca borsa tit. cred., fasc.1, 1995, pag. 58 ss.



In secondo luogo questa dottrina ribadisce che quanto sostenuto dal Giannini sia corretto cioè che ai fini della configurazione di un ordinamento in senso sezionale non è necessario che la potestà conformativa sia ordinata alla realizzazione di un programma, anche perché esistono in diritto positivo ordinamenti sezionali - come gli ordini professionali - che hanno, nei confronti dei soggetti ad esso appartenenti, una potestà conformativa non paragonabile a quella originariamente attribuita o anche attualmente riconosciuta alla Banca d'Italia.

#### 4.3 Tesi: La conferma della natura di ordinamento sezionale

La riforma potrebbe essere utilizzata per trarre argomentazione a sostegno di quella impostazione che riconosce l'attualità della tesi gianniniana dell'ordinamento sezionale del credito.

In primis il riconoscimento di poteri normativi ed il relativo margine di apprezzamento riconosciuto nella predisposizione della normativa secondaria che sta determinando l'amministrativizzazione del diritto societario e la realizzazione di un sistema di fonti tutt'altro che coerente con la tesi neutrale dei poteri esercitati. Potrebbe infatti essere ammissibile una lettura in senso non meramente condizionale, non solo della previsione regolamentare della limitazione del diritto rimborso che produce un effetto conformativo dell'interesse del privato all'interesse pubblico alla stabilità dell'intermediario e del mercato, ma anche della normativa primaria che l'ha disposta.

In secondo luogo il riconoscimento della dimensione dell'opportunità nella valutazione tecnica della sana e prudente gestione. Il richiamo alla sana e prudente gestione infatti presuppone il riconoscimento alla Banca d'Italia di un certo margine di discrezionalità che seppur in senso tecnico realizza nella sostanza una complessa sovrapposizione tra il momento della opinabilità e quello della opportunità.

Da quanto detto in precedenza si potrebbe poi far derivare anche un ulteriore corollario e cioè quello di rinvenire nel controllo una dimensione di rispondenza dell'interesse privato all'interesse pubblico non del tutto asettica, infatti al di là del nomen accertamento nella sostanza si potrebbe inquadrare la nozione nel concetto di autorizzazione.

Ulteriore conferma della persistente validità delle tesi Gianniniana dell'ordinamento sezionale, seppur esterna alle tematiche direttamente coinvolte dalla riforma delle popolari, potrebbe poi derivare dalla Unione Bancaria Europea almeno secondo l'autorevolissima tesi di Santoro e Chiti<sup>569</sup>.

---

<sup>569</sup> M.P.CHITI, *Profili della tecnificazione: la nuova disciplina delle banche e dei mercati finanziari, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in *La tecnificazione* a cura di Sorace, Leonardo, Civitarese Matteucci, Torchia, 2016, p. 285 e ss.; V.SANTORO-M.P.CHITI, *Unione bancaria europea*, p.16, 2016 ove nella introduzione i curatori del volume riconoscono che l'Unione Bancaria abbia dato vita ad una sorta di ordinamento giuridico sezionale.

#### 4.4 Antitesi

A conferma del superamento della tesi, cioè della dimensione anacronistica della tesi dell'ordinamento sezionale<sup>570</sup>, troviamo invece una lettura difforme degli elementi utilizzati a conferma della tesi sezionale.

In primis si potrebbe far notare che tali poteri producano effetti nei confronti di soggetti esterni all'ordinamento bancario<sup>571</sup>, in tal caso nei confronti degli azionisti.

In secondo luogo si potrebbe ritenere che la sana e prudente gestione sia clausola generale espressiva di mera valutazione tecnica neutrale rispetto alla quale non residui alcun margine di discrezionalità, essendo ridotto il compito della autorità indipendente al solo riempimento di contenuto della clausola generale attraverso conoscenze scientifiche dal risultato opinabile, come confermato dal nomen iuris accertamento<sup>572</sup>.

Ulteriore argomento potrebbe poi essere la lettura in senso meramente condizionale della previsione regolamentare. Per sostenere tale assunto si potrebbe disconoscere la dimensione conformativa e quindi il riconoscimento alcun margine di apprezzamento per la Banca d'Italia nella predisposizione della normativa secondaria.

Infine si potrebbe far riferimento per il superamento della validità della tesi Gianniniana dell'ordinamento sezionale anche ad argomentazioni, che seppur esterna alle tematiche direttamente coinvolte dalla riforma delle popolari, possono essere considerate risolutive rispetto alla questione posta, come l'affermarsi della Unione Bancaria Europea, almeno secondo l'autorevolissima tesi di Capriglione<sup>573</sup>.

---

<sup>570</sup> L.TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, 1992; nonché in *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione del 28 febbraio 2013 al convegno: "Le Autorità Amministrative Indipendenti Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati". M.DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, 2012, p.404 e ss; R.COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994; F.MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in , 1989, I, p. 169;

<sup>571</sup> G.B.MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in Osservatorio sulle fonti; Qui si potrebbe rispondere attraverso una argomentazione abbastanza analoga a quella impostata da Giannini rispetto ai gruppi polifunzionali, sostenendo che i destinatari sono i soggetti componenti la persona giuridica quindi seppur indirettamente i componenti dell'ordinamento sezionale, e solo in quanto in tale posizione l'ordinamento sezionale produce norme che incidono sulla loro sfera giuridica.

<sup>572</sup>

<sup>573</sup> F.CAPRIGLIONE, *L'Europa e le banche. Le 'incertezze' del sistema italiano*, in Aperta Contrada (riflessioni su società, diritto, economia) 6 marzo 2017, secondo cui "gli stessi curatori del volume" (Santoro e Chiti) "hanno rispolverato – nell'introduzione dell'opera – la teoria dell'«ordinamento sezionale del credito», elaborata da M.S. Giannini negli anni quaranta del novecento; teoria il cui richiamo mi sembra, tuttavia, inappropriato, atteso che essa fa riferimento ad una 'pluralità di ordinamenti', configurabile all'interno di un «unitario» contesto politico istituzionale, realtà al presente di certo non ipotizzabile con riguardo all'Unione Europea".

## 4.5 Sintesi

I modelli teorici puri nella realtà non esistono, la dimensione concreta delle vicende umane (non solo giuridiche) è sempre il frutto di compromessi, di mediazioni. Fatta questa premessa metodologica, si cercherà di dimostrare che la tesi della neutralità funzionale della banca d'Italia, che nega attualità alla tesi della dimensione conformativa, non convince basandosi su un equivoco di fondo<sup>574</sup> cioè quello della configurabilità di poteri neutrali<sup>575</sup>. L'insegnamento troppo dimenticato di Predieri<sup>576</sup>, specie in relazioni alle banche centrali<sup>577</sup>, dimostra l'opposto.

Quando autorevolissima dottrina<sup>578</sup> fa infatti riferimento alla neutralità della funzione delle Autorità indipendenti incidenti sul settore del credito, implicitamente effettua una triplice scelta di campo di momento tutt'altro che irrilevante. Tali scelte si concretano, almeno implicitamente, nella constatazione che:

- 1) nelle fattispecie funzionali tipiche, non vi sarebbe un interesse pubblico tutelato o che comunque pur a voler individuare un interesse pubblico in via indiretta, lo stesso sarebbe da rinvenire in quello di assicurare la mera concorrenza e quindi il rispetto delle condizioni/regole necessarie affinché i privati possano perseguire i propri interessi.
- 2) l'autorità svolga una funzione neutrale di controllo (vincolato e privo di discrezionalità se non in senso tecnico) del rispetto delle regole (c.d. controllo di regolarità)<sup>579</sup>.
- 3) la relativa regolazione abbia una natura condizionale, utilizzando cioè regole di tipo condizionale, caratterizzate dalla prefigurazione di un comportamento e non di un risultato<sup>580</sup>.

---

<sup>574</sup> C.SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, legato forse al pensiero di Schmitt spesso alla strumentalizzato per a sostenere la neutralità delle autorità indipendenti (e talvolta anche per contrastare la predetta tesi) essendo in Europa del tutto inimmaginabile al tempo dell'A. "l'erompere" delle autorità indipendenti. Lo stesso A. del resto sottolineava l'ambiguità (p.155) del concetto ed il pericolo che la neutralizzazione e l'oggettivizzazione delle decisioni politiche (prodotte dal trasferimento delle decisioni politiche alla magistratura) potesse paradossalmente condurre "alla politicizzazione partitica di entità finora neutrali" (p.167) .

<sup>575</sup> In senso contrario a tale pregiudizio A. POLICE, in *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 250, ove si fa riferimento al tramonto del mito della neutralità, riconoscendo alle autorità indipendenti (nella specie all'Antitrust) la natura di amministrazioni non neutrali e quindi la titolarità di un interesse e di un fine pubblico. Si riconosce in tal modo la dimensione discrezionale delle relative scelte frutto di contemperamento e ponderazione tra interessi;

<sup>576</sup> A.PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Passigli, 1997.

<sup>577</sup> A.PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, 1998, p.298, ove si afferma, seppur con particolare riguardo alla politica monetaria, che la natura del potere della banca centrale non è neutrale, salvo che si utilizzi in maniera impropria il termine come sinonimo di indipendenza; I.d., *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Passigli, 1996, p.252 e ss.

<sup>578</sup> L.TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza pubblica*, 1992, p.418 ss.; S.CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in I garanti delle regole, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996 ,p.221 e ss.

<sup>579</sup> Qui il controllo di regolarità, non comporta una valutazione comparativa di interessi, si riconnette a regole condizionali, da qui la neutralità. Si tratta quindi di un controllo inteso in senso autonomo e non strumentale.

<sup>580</sup> Dal potere pubblico non derivano limiti ma condizioni che bisogna osservare se si vuole svolgere una certa attività. Queste regole non sarebbero poste a tutela di un interesse pubblico

Questa triplice opzione di campo, ha natura toroidale cioè determina una giustificazione in senso circolare di questi presunti truismi, che letti in connessione si confermano vicendevolmente. Si afferma infatti che perseguendosi il solo fine della concorrenza la *regulation*<sup>581</sup> ponga condizioni e l'Autorità di conseguenza non abbia discrezionalità, tanto nell'attività di vigilanza operativa quanto nell'attività regolazione (o anche detta precettiva).

La banca d'Italia non perseguirebbe (almeno in via diretta) un interesse pubblico nell'esercizio della funzione di vigilanza, tanto sotto il profilo dei poteri autorizzatori che regolamentari.

Quanto ai primi poteri di vigilanza operativa, essi si esplicherebbero anche in attività permissive come le autorizzazioni e nonostante questo tale l'attività sarebbe volta solo alla verifica ed al controllo circa la regolarità dell'operato del privato, non residuando una qualsivoglia dimensione discrezionale in senso puro. In tale ottica l'amministrazione non opererebbe attraverso una scelta o una comparazione di interessi ma solo attraverso la verifica del rispetto del regole da parte degli operatori del mercato. L'interesse pubblico sarebbe praticamente assente o quantomeno ridotto al mero legittimo operare degli attori del mercato. L'amministrazione sarebbe quindi neutrale e terza rispetto agli interessi in gioco non avendo un fine proprio da perseguire.

Si dice poi che, quanto alla regolazione, sarebbe proprio la natura condizionale di questa regolazione che imponendo regole di condotta, che non trovano fondamento nell'esigenza teleologica di realizzare (o comunque non in via diretta) un interesse pubblico ma piuttosto nella esigenza di garantire e tutelare reciprocamente i diritti e gli interessi dei privati, a giustificare la lettura in senso neutrale della funzione regolatoria. Questo significa dire che al centro della regolazione non vi è l'interesse pubblico, ma solo le situazioni soggettive private i cui titolari sono tenuti al rispetto di determinati criteri di comportamento, non connessi all'interesse pubblico, rispondendo tale funzione alla mera esigenza di tutela della concorrenza e al mantenimento dell'equilibrio fra i diversi interessi privati.

La Banca d'Italia è ridotta, usando un linguaggio metaforico, a poco più di una bilancia, volta a garantire l'equilibrio tra gli interessi privati.

Questa ricostruzione è quindi coerente con una ricostruzione puramente idealistico/archetipica del un sistema bancario ridotto al mero diritto alla libertà d'impresa e alla concorrenza.

Non è questo il nostro caso, non solo perché probabilmente un sistema perfettamente coerente in senso assoluto con un modello di questo tipo, non esiste, ma anche per il peso della nostro passato ordinamentale ancora presente sotto molti aspetti seppur in fase di tendenziale superamento. Il testo unico assecondando l'ideale di uno stato regolatore e non interventista ha sicuramente

---

ma a garanzia e tutela di altre situazioni private. Non si tratterebbe quindi di regole che pongono limiti nell'interesse pubblico, ma condizioni nell'interesse privato.

<sup>581</sup> Sul significato del termine S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, op.cit., p.73, ove si afferma che la *regulation* è intesa dal legislatore europeo come una funzione che si affianca a quella di *supervision* (sulle banche) e *resolution* (delle crisi). Nella traduzione italiana *regulation* viene solitamente resa con regolazione, erroneamente intesa, da alcuni, nel senso riduttivo della sola regolamentazione (dei vari tipi e livelli), mentre nella *Law & Economics* comprende sia la regolamentazione quanto l'attività di controllo continuativo e di intervento autoritativo.

innovato nel senso di dar vita ad un sistema basato sull'impostazione comunitaria della concorrenza<sup>582</sup> e della libertà d'impresa, ma non ha eliminato ogni riferimento alla tradizione ordinamentale<sup>583</sup> precedente che per certi aspetti, anche nodali, dimostra ancora la sua influenza<sup>584</sup>.

Ritengo infatti che per quanto attenga alla Banca d'Italia non si possano accettare asetticamente i tre postulati a base della ricostruzione di questa autorevolissima corrente dottrinale. I tre postulati della ricostruzione a cui si aderisce infatti sono difforni da quelli precedentemente enucleati e ben fedeli all'ideale della inesistenza (o comunque residualità) della neutralità in senso assoluto nelle vicende umane, sulla base della constatazione della insopprimibilità *tout court* del momento della decisione.

I tre postulati, confermati dalla riforma in commento, sono quindi :

1) quello secondo cui nelle fattispecie funzionali tipiche della Banca d'Italia l'interesse pubblico è lo scopo ultimo<sup>585</sup>;

2) quello per cui l'autorità in commento svolge, nell'esercizio della funzione di vigilanza operativa, un'attività di controllo (c.d. di legittimità) legata a forme di discrezionalità tecnica caratterizzate spesso da una sovrapposizione inscindibile tra opinabilità ed opportunità<sup>586</sup>;

3) quello di inquadrare la regolazione posta in essere da queste autorità nel modello prudenziale, lo scopo della regolazione secondaria è infatti attuare la normativa primaria nell'rispetto dell'obiettivo prudenziale di garantire la sana e

---

<sup>582</sup> Si veda l'art.3 del Tue e l'art. 3 TFUE ed il protocollo 27, nonché il Titolo VII, CAPO 1 , TFUE.

<sup>583</sup>A.Q.CURZIO, riconosce che un peculiare modello economico è quello risultante dalla costituzione (e di conseguenza il nostro sistema ordinamentale era coerente rispetto alle relative dinamiche) *"tra l'impostazione liberale favorevole al mercato regolato delle democrazie occidentali e quella comunista-socialista, favorevole alla pianificazione orientale, è prevalsa una linea intermedia propugnata principalmente dai cattolici, che nelle intenzioni di altri poteva essere piegata, se gli eventi lo avessero permesso, verso la soluzione pianificatoria e, nel caso estremo collettivista"*. A mio avviso tale ibrido è stato ulteriormente ibridato dall'operazione di ingegneria istituzionale prodottasi con l'Unione Europea che ha prodotto un progressivo avvicinamento al modello ordoliberal. Tale operazione unionale non ha prodotto l'immediata tramutazione del nostro ordinamento in un economia di mercato sociale (ordoliberal) ed in tal contesto che si spiegano le resistenze garantite dagli anticorpi del vecchio sistema, che pur non producendo un rigetto hanno quantomeno contribuito (in alcuni casi) ad occultare il passato sotto la veste del nuovo.

<sup>584</sup> A conferma della validità della tesi contenuta nella nota precedente si vedano: MINERVINI in tema di sana e prudente gestione, BUNONOCORE in tema di amministrativizzazione del diritto societario in virtù del potere regolatorio e conformativo.

<sup>585</sup> Si aderisce alla concezione di controllo che vede nel controllo un'attività strumentale rispetto all'interesse pubblico. Il controllo resta quindi una attività strumentale finalizzata ad accertare la corrispondenza ad un dato parametro indipendentemente dal tipo di giudizio (regolarità, legittimità, conformità, merito) in cui si esplica tale accertamento. (così M.S.GIANNINI, Controllo nozioni e problemi).

<sup>586</sup> Il controllo sull'esecuzione della regola si basa quindi su un controllo di conformità (o corrispondenza) della condotta del privato (interesse privato) alle condizioni predefinite (interesse pubblico). Il margine di discrezionalità dell'autorità permane seppur contingentato a priori. Sulla base di questa premessa si comprende come l'autorità di vigilanza in tal caso non sia caratterizzata da neutralità (indifferenza agli interessi pubblici e privati in campo) ma da imparzialità.

prudente gestione e la stabilità complessiva del sistema, con evidenti margini di discrezionalità.

In tale ottica si potrebbe quindi al più sostenere che le funzioni amministrative svolte dall'autorità di vigilanza siano caratterizzate da indipendenza ma non certo da neutralità essendo svolte in ossequio all'interesse pubblico di cui la stessa è affidataria, con la sola eccezione delle funzioni contenziose<sup>587</sup>.

Si potrebbe nella sostanza distinguere tra scopo mezzo (tutela della stabilità del singolo intermediario e della concorrenza<sup>588</sup>) e scopo fine (tutela della stabilità e competitività complessiva del mercato del credito e del risparmio).

La concorrenza è *condicio sine qua non* per poter realizzare istituti bancari solidi. La solidità delle imprese bancarie garantisce l'efficienza delle stesse e la loro stabilità nonché quella più complessiva del mercato. Senza concorrenza non può quindi assicurarsi stabilità di lungo periodo al mercato<sup>589</sup>. La tutela della concorrenza e della stabilità degli intermediari non precludono però la conformazione<sup>590</sup> degli interessi privati all'interesse pubblico alla tutela del risparmio.

Non a caso il riconoscimento alla Banca d'Italia di una discrezionalità tecnica (non amministrativa) seppur spesso inevitabilmente caratterizzata da un sovrapposizione tra opinabilità ed opportunità, secondo la ricostruzione precedentemente esposta, conferma che lo scopo dell'azione della Banca d'Italia è garantire non solo la stabilità del singolo intermediario ma anche in ultima istanza la stabilità del mercato e la tutela del risparmio.

La regolazione del mercato, specialmente quella promanante dalla Banca d'Italia non è poi inquadrabile necessariamente nell'ottica condizionalistica<sup>591</sup>, essendo comunque finalizzata all'obiettivo prudenziale della sana e prudente gestione. La regola può porre un limite nell'interesse pubblico<sup>592</sup> e non esclusivamente una condizione nell'interesse di situazioni soggettive private.

---

<sup>587</sup> M.CALABRO', *La funzione giustiziale*, p.277 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, 2017, p.273.

<sup>588</sup> Affidata però all'antitrust.

<sup>589</sup> In tal senso P.CIOCCA, *Vigilanza: una o più istituzioni Intervento al convegno sul tema: "I nuovi assetti dei mercati finanziari: quale organizzazione della vigilanza?"*, Bologna, 4 maggio 2001 in *Banca impresa società*, 2001, fasc. 3, p.432.

<sup>590</sup> S.AMOROSINO, *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese*, in *Dir.Amm.*,2011, vol. 3 , p.607, ove si afferma che sono incompatibili con la Costituzione economica europea le programmazioni imperative e la direzione amministrativa del mercato, ma non certo la conformazione.

<sup>591</sup> Qui in un certo senso sembra riecheggiare, non la mera tesi liberale secondo cui la mano invisibile del mercato è autosufficiente a generare la concorrenza, ma la tesi dell'economia sociale di mercato secondo cui lo stato deve limitarsi a stabilire le condizioni per l'esplicazione delle libertà e della concorrenza. Questo è senza dubbio un superamento della tesi di Adam Smith, riconoscendosi l'essenzialità dello Stato per la tutela della concorrenza.

<sup>592</sup> Il nostro ordinamento seppur mutato geneticamente dall'influenza unionale di matrice ordoliberal (rectius di una economia sociale di mercato ex art. 3 tue) presenta ancora oggi delle peculiarità genetiche talvolta occultate all'interno di formule sacralizzate chiaramente derivanti dal peso del passato (si veda l'art. 5 del tub, che costituisce lo spiraglio lasciato alla dimensione dell'opportunità che si confonde con l'opinabilità, probabilmente in modo voluto, nella ricezione delle direttive europee). Il cambiamento (dal 1992 in poi) per quanto veloce non ha eliminato completamente il pregresso (sul punto si vedano: MINERVINI in tema di sana e prudente gestione, BUNONOCORE: in tema di amministrativizzazione del diritto societario in virtù del potere

Come correttamente osservato, il potere normativo riconosciuto alle autorità indipendenti implica la ponderazione degli interessi e la comparazione tra finalità confliggenti meramente elencate dal legislatore ma non bilanciate<sup>593</sup>. Credo si possa quindi affermare che nella funzione di vigilanza, una dimensione conformativa dell'interesse privato permanga ancora oggi, come del resto ribadito in più occasioni da Amorosino<sup>594</sup>.

Non è quindi condivisibile la tesi secondo cui le autorità indipendenti, nell'esercitare le proprie funzioni, non perseguono interessi pubblici avendo il solo lo scopo di assicurare la correttezza delle operazioni e la concorrenzialità del mercato.

A conferma di ciò si guardi all'art.5 tub che individua gli obiettivi della vigilanza delle autorità creditizie ed i quali presuppongono la conformazione delle condotte dei privati alle esigenze "di sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, di stabilità complessiva, di efficienza e competitività del sistema finanziario nonché di osservanza delle disposizioni in materia creditizia".

Lo scopo della vigilanza è quindi quello di assicurare sì un mercato concorrenziale ma nel rispetto dell'esigenza primaria di garantire il rispetto dell'art. 47 della Costituzione e quindi la solvibilità del sistema finanziario. La tutela costituzionale del risparmio<sup>595</sup>, opera infatti sia in senso soggettivo, come tutela dei risparmiatori, sia in senso oggettivo, come tutela dell'insieme dinamico stabilità complessiva, dell'efficienza e della competitività del sistema finanziario.

Questa ricostruzione ritengo sia la più corretta perché, pur dimostrando il cambio di passo con il passato, cioè con un ordinamento sezionale del credito, figlio di una concezione dello Stato in senso interventista<sup>596</sup>, basato sul mero perseguimento dell'interesse pubblico (in una posizione di indifferenza rispetto alla dimensione degli altri interessi coinvolti e quindi adeguati a quello pubblico) attraverso una regolazione finalistica (espressione di una vigilanza strutturale) e caratterizzato dal riconoscimento di amplissima discrezionalità amministrativa all'autorità, non finisce per aderire al mito della neutralità<sup>597</sup>, dimostrando anche una maggior conformità al dettato normativo positivo.

Credo però si potesse parlare di ordinamento sezionale tecnico non neutrale, ben diverso da quello esistente negli anni 40 in cui Giannini elaborò la prima versione

---

regolatorio conformativo). Qui non si può dimenticare come anche la regolazione prudenziale secondaria che limita la discrezionalità dell'autorità di vigilanza, specie nell'esplicazione della funzione operativa, sia in un certo senso un occultamento essendo solo anticipato il momento della valutazione ampiamente discrezionale.

<sup>593</sup> D.SICLARI, *Costituzione ed autorità di vigilanza bancaria*, 2007, p. 276

<sup>594</sup> Per approfondimenti del tema si rimanda ad S.AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2016.

<sup>595</sup> M.NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, p.34 e ss., Milano, 1969.

<sup>596</sup> A.Q.CURZIO, riconosce che un peculiare modello economico era quello risultante dalla costituzione (e di conseguenza il nostro sistema ordinamentale era coerente rispetto alle relative dinamiche) un misto, "tra l'impostazione liberale favorevole al mercato regolato delle democrazie occidentali e quella comunista-socialista, favorevole alla pianificazione orientale, è prevalsa una linea intermedia propugnata principalmente dai cattolici, che nelle intenzioni di altri poteva essere piegata, se gli eventi lo avessero permesso, verso la soluzione pianificatoria e, nel caso estremo collettista".

<sup>597</sup> M.T.P.CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, p.239 e SS.

della sua teoria, fino alla concretizzazione del progetto di Unione Bancaria<sup>598</sup>. Probabilmente con tale nuova evoluzione del sistema della vigilanza bancaria si stanno ponendo le premesse per una riconfigurazione a livello europeo dell'ordinamento sezionale, come del resto evidenziato da Chiti<sup>599</sup>, ma presumibilmente tale ordinamento sezionale vedrà la sua definitiva rinascita solo se e quando la Banca d'Italia verrà definitivamente assorbita all'interno della Banca centrale europea. Prima di questo momento, cioè prima che si proceda a configurare, in via normativa, l'autorità nazionale come una mera articolazione interna della BCE, in modo da poter superare lo schermo dell'alterità soggettiva, non credo si possa parlare di ordinamento sezionale tecnico europeo perché non vi è un'unica autorità centrale operante ma due (BCE ed Autorità nazionale)

---

<sup>598</sup> Sul punto S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Cedam, 2016, p.33/34, ove si afferma che "la dimensione europea dei mercati e delle regolazioni ha reso definitivamente inservibile – sia per motivi spaziali/quantitativi, sia per la realtà trasversale, a vasi perfettamente intercomunicanti, dei mercati finanziari – la teoria degli ordinamenti sezionali, concepita con riferimento a realtà di mercati meno evoluti, chiusi e separati. Qualcuno potrà obiettare che ciò era accaduto già da tempo, ma, in realtà, la rupture è divenuta irreversibile solo negli ultimi lustri. Prima erano "rimaste sulla scena" (e, in qualche misura, permangono) le strutture tipiche degli ordinamenti sezionali: la normazione speciale, l'organizzazione (stretta attorno ad un'Autorità nazionale dotata di poteri regolamentari e di vigilanza) ed il numero delimitato dei soggetti regolati appartenenti a ciascun settore. Successivamente i mercati sconfinati, e in Europa unificati dalla normazione dell'Unione, nonché l'inserimento delle Autorità nazionali "di riferimento" in un sistema di istituzioni europee (che "governa" direttamente il grosso del mercato bancario e che, negli altri due settori, indirizza e controlla le vigilanze nazionali), hanno determinato il definitivo superamento di questo storico modello"; in un'ottica di valutazione più complessiva ma coerente con il ragionamento articolato pare porsi I.d., *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, paragrafo 5., 2016; i.d., *Trasformazioni dei mercati, nuovi modelli regolatori e mission del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, p.4, 2016, ove si afferma che: "Il metodo induttivo (esperienziale lo definiva Benvenuti) va applicato sia alla regolamentazione sia al concreto esercizio delle funzioni di "controllo", svolte da organismi pubblici o da organismi privati incaricati di funzioni pubbliche, sulla regolarità dei comportamenti dei "soggetti economici" e dei mercati. Solo in questo modo è possibile trarre dalle regulations un quadro realistico d'insieme (sommatoria delle regole, delle strutture organizzative incaricate di applicarle e delle loro prassi operative). Questo tipo di approccio – realistico e non astrattamente dogmatico – appare l'unico idoneo a cogliere i tratti salienti dei contesti contemporanei delle attività economiche, dei rispettivi mercati e delle correlate regulations. La rapidità di evoluzione dei contesti stessi impone, infatti, pur a malincuore, di abbandonare – come punti di riferimento – gli scenari delineati, alcuni decenni fa, da capiscuola come M.S. Giannini e F. Galgano".

<sup>599</sup> M.P.CHITI, *Profili della tecnificazione: la nuova disciplina delle banche e dei mercati finanziari, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in *La tecnificazione* a cura di Sorace, Leonardo, Civitarese Matteucci, Torchia, 2016, p. 285 e ss.; V.SANTORO-M.P.CHITI, *Unione bancaria europea*, p.16, 2016 ove nella introduzione i curatori del volume riconoscono che l'Unione Bancaria abbia dato vita ad una sorta di ordinamento giuridico sezionale.



finalizzate allo stesso obiettivo<sup>600</sup> seppur coordinate meglio “integrate”<sup>601</sup> (per usare la terminologia del considerando n. 79 del Regolamento UE n. 1024/2013) attraverso forme (o meglio competenze) differenziate in base al profilo dimensionale<sup>602</sup>. Non essendo configurabile però un rapporto interorganico di tipo gerarchico<sup>603</sup>, ritengo colga nel segno l’affermazione del Capriglione che

---

<sup>600</sup> In tal senso M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 3, settembre-dicembre 2013, p.990, secondo cui “l’attribuzione alla Banca centrale europea di poteri amministrativo in senso proprio non è accompagnata nel Regolamento da una predeterminazione espressa dei fini della vigilanza, sulla falsariga di quanto fa il Testo unico delle leggi bancarie e creditizie (art. 5) che pone come obiettivi delle autorità creditizie soprattutto la “sana e prudente gestione” dei soggetti vigilati e la stabilità complessiva, l’efficienza e la competitività del sistema finanziario). Tuttavia, vari considerando del Regolamento, nel chiarire il senso dell’istituzione del meccanismo di vigilanza unico, pongono l’accento sulla necessità di “preservare la stabilità finanziaria nell’Unione”, “garantire un controllo efficace e solido di un intero gruppo bancario e della sua salute complessiva” (considerando 5); fanno riferimento ai “rischi per la solidità di alcuni enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario nella zona euro e nell’Unione nel suo complesso” (considerando 6); giustificano l’attribuzione di poteri alla Banca centrale europea “ai fini di un’attuazione coerente ed efficace della politica dell’Unione in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi” e per garantire altresì “la stabilità macroprudenziale” (considerando 15). In questo senso, atteso che i “considerando” degli atti dell’Unione hanno lo stesso valore degli articoli, non sembra che i poteri attribuiti alla Banca centrale europea possano essere esercitati a fini diversi e in particolare a un controllo dirigitivo della struttura del mercato creditizio, come accadeva in passato nell’ordinamento italiano con la legge bancaria del 1936.

<sup>601</sup> La dottrina sottolinea infatti il passaggio dalla logica del coordinamento a quella della coogestione. Si rinviene cioè nell’unione bancaria qualcosa in più di una mera devoluzione dei poteri, configurando il meccanismo come una inedita forma di coogestione di poteri di vigilanza (In tal senso si veda C.FIGLIOLIA, *I rapporti con le banche centrali nazionali*, in *Unione bancaria europea*, op.cit. p.237).

<sup>602</sup> In tal senso mi pare possa essere letta la dicotomica ripartizione tra vigilanza della BCE diretta sulle banche significative ed indiretta sulle restanti “less significant”. Su queste ultime infatti la vigilanza resta attribuita ancora alle autorità nazionali, ma la BCE può comunque esercitare un potere di avocazione. Per approfondimenti sui modelli dell’ordinamento amministrativo delle banche si rinvia a S.AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell’ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato “chiuso” alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, 2016.

<sup>603</sup> Nonostante questa affermazione non si può però disconoscere la rilevanza e la pregnanza delle argomentazioni che potrebbero essere addotte per inquadrare il Muv nell’ottica di una potenziale riconferma della tesi sezionale dell’ordinamento. Sono molteplici ed assolutamente pregnanti seppur non dirimenti ai fini della soluzione prospettabile, le argomentazioni producibili a sostegno della tesi sezionale. Risulta infatti palese che il Reg. UE n.1024/2013 abbia condotto ad una vera e propria cambio di prospettiva prevedendo:

-che le istituzioni europee non si limitino alla sola regolazione, ma svolgano funzioni di controllo, ascrivibili ai compiti di amministrazione attiva (così M. MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, p. 14) il che implica ormai il superamento del principio del c.d. federalismo esecutivo (così J.C. LAGUNA DE PAZ, *El Mecanismo Europeo de Supervisión Bancaria*, p.4). Alla Bce ex art. 4, paragrafo 3, compete infatti applicare direttamente non soltanto il diritto dell’Ue, ma anche le normative nazionali di recepimento di direttive europee e di regolamenti che consentono spazi di opzione allo stato nazionale. Mentre in passato era prevista esclusivamente l’applicazione decentrata del diritto europeo da parte di autorità nazionali, amministrative e giudiziarie, con il Regolamento si afferma anche il principio opposto di applicazione accentrata dei diritti nazionali da parte di un’autorità europea. Questo passaggio si spiega proprio per il fatto che l’attività dei soggetti sottoposto alla vigilanza della Banca centrale europea sia regolata non solo da fonti di rango europeo ma anche da fonti nazionali di recepimento delle prime. (così M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit. p.986)

-più che un accentramento di funzioni normative nel settore bancario, già affermatosi con l’introduzione dell’Abe, si è prodotto un trasferimento di funzioni propriamente amministrative di vigilanza, dalle autorità nazionali alla Banca centrale europea.

nega la natura sezionale al sistema derivante dalla banking union europea. Seppur per ragioni in parte difformi da quelle utilizzate da questa autorevolissima dottrina<sup>604</sup> non penso si possa parlare (ancora) di ordinamento settoriale. Tale dottrina infatti considera il richiamo alla tesi sezionale *“inappropriato, atteso che essa fa riferimento ad una ‘pluralità di ordinamenti’, configurabile all’interno di un «unitario» contesto politico istituzionale, realtà al presente di certo non ipotizzabile con riguardo all’Unione Europea”*.

Pur condividendo tale constatazione, credo però che in tal quadro generale non si ponga tanto in discussione l’unitarietà del contesto in senso verticale, essendo probabilmente rinvenibile un ostacolo ancor più banale al riconoscimento della tesi settoriale e che si ricollega ad una dimensione orizzontale. Con questo si intende dire che qui non viene in rilievo tanto la dibattuta questione della unitarietà o dualità di ordinamenti giuridici rispetto ai rapporti tra Stato ed Unione, né tantomeno è dirimente la questione legata alla possibilità di configurare nel

---

L’art. 4 contiene un elenco tassativo di funzioni attribuite alla competenza esclusiva della Banca centrale e ciò in coerenza con l’art. 127, paragrafo 6, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea che consente l’attribuzione di “compiti specifici” in materia di vigilanza prudenziale.

Agli Stati membri partecipanti, quelli cioè la cui moneta è l’euro oppure che hanno aderito spontaneamente al nuovo sistema di vigilanza instaurando quella che viene definita come una collaborazione stretta ai sensi dell’art. 7 del Regolamento, spettano invece, in via residuale, tutti i compiti e poteri non attribuiti espressamente alla Banca centrale europea (art. 1, par. 4).

L’elenco dei compiti attribuiti alla Banca centrale europea abbraccia in realtà tutti gli aspetti più rilevanti dell’attività e dell’organizzazione degli enti creditizi e include poteri di amministrazione attiva che si concretizzano in provvedimenti puntuali. Si pensi in particolare al rilascio e alla revoca dell’autorizzazione agli enti creditizi o alla valutazione delle notifiche relative all’acquisizione e la cessione di partecipazioni qualificate in enti creditizi che può sfociare in un provvedimento che vieta l’acquisizione (art. 15, par. 2). (M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit.,p.988)

-si pensi ancora al potere della Banca centrale europea di definire, cioè di ampliare o restringere il perimetro degli enti creditizi sottoposti ai suoi poteri diretti (art. 6, paragrafo 5 lett. b). (M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit,p.989)

-La BCE nello svolgere le proprie funzioni di supervisione può intervenire in via esecutiva, ed in virtù del fatto che le norme del Regolamento sono piuttosto vaghe sul punto, è possibile concludere che la BCE sia dotata di ampia discrezionalità nel decidere se intervenire e sia su quali strumenti a tal fine utilizzare. (in tal senso M.C.DE BIASIO, *Le criticità dell’Unione Bancaria: una prospettiva pubblicistica*, disponibile su [www.unibocconi.it](http://www.unibocconi.it), p.16).

-Il Regolamento attribuisce alla Banca centrale europea una serie di poteri più specifici di vigilanza (art. 9 e seg.). In particolare può esercitare poteri prescrittivi e ordinatori molto incisivi nei confronti di singoli enti creditizi, inclusi quelli meno rilevanti. Può, per esempio, ordinare di detenere fondi propri superiori a quelli minimi allo scopo far fronte a particolari profili di rischi; richiedere il rafforzamento dei dispositivi, dei processi, dei meccanismi e delle strategie; richiedere la presentazione di un piano volto a ripristinare il rispetto dei requisiti richiesti in materia di vigilanza; restringere o limitare le attività e le operazioni e di esigere la cessione di attività che presentano rischi eccessivi per la solidità dell’ente; vietare o limitare la distribuzione di utili agli azionisti; imporre requisiti specifici in materia di liquidità; rimuovere in qualsiasi momento membri del consiglio di amministrazione che non soddisfino i requisiti richiesti dalla normativa europea (art. 16, paragrafo 2). (in tal senso M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit, pp.989/990)

<sup>604</sup> F.CAPRIGLIONE, *L’Europa e le banche. Le ‘incertezze’ del sistema italiano*, in Aperta Contrada (riflessioni su società, diritto, economia) 6 marzo 2017, secondo cui *“gli stessi curatori del volume”* (Santoro e Chiti) *“hanno rispolverato – nell’introduzione dell’opera – la teoria dell’«ordinamento sezionale del credito», elaborata da M.S. Giannini negli anni quaranta del novecento; teoria il cui richiamo mi sembra, tuttavia, inappropriato, atteso che essa fa riferimento ad una ‘pluralità di ordinamenti’, configurabile all’interno di un «unitario» contesto politico istituzionale, realtà al presente di certo non ipotizzabile con riguardo all’Unione Europea”*.

settore del credito un unico ordinamento<sup>605</sup> o se invece tale opzione ermeneutica non sia ancora percorribile alla luce delle evidenze empiriche, essendo quindi al più configurabile una duplicità di ordinamenti, ripartiti secondo il criterio dimensionale, seppur soggetti a forme incisive di compenetrazione o meglio di integrazione. Probabilmente infatti l'insostenibilità del utilizzo della tesi sezionale per descrivere l'Unione bancaria è legata alla predetta constatazione circa l'alterità soggettiva e quindi alla configurazione che la normativa ha delineato nei rapporti tra banca centrale europea e autorità nazionali in senso al meccanismo unico di vigilanza<sup>606</sup>.

---

<sup>605</sup> R.IBRIDO, *L'unione bancaria europea: Profili costituzionali*, 2017, p.298, ove l'autore sostiene che la Banking Union può essere letta come una forma di "integrazione fra apparati e trasferimento delle competenze" dalla dimensione interna a quella comunitaria e sicuramente la più rilevante dalla costituzione dell'unione monetaria. L'Autore pur ammettendo che non si possa parlare di una piena integrazione, riconosce comunque alla stessa un effetto quantitativamente (e forse qualitativamente) superiore ad una semplice coordinazione tra apparati. Ciò mi sembra quindi coerente con la configurazione di un unico ordinamento bancario seppur caratterizzato da una vigilanza articolata in base al profilo dimensionale, anche alla luce della duplice considerazione, in primis il riconoscimento della responsabilità in capo alla bce, in secondo luogo i margini di avocazione riconosciuti alla Bce anche rispetto alla vigilanza delle banche non significative. Oltre che dal richiamo in dottrina al concetto di federalismo seppur nello specifico ad un "processo di federalizzazione di tipo centripeto"<sup>605</sup> per descrivere con le categorie del diritto costituzionale l'Unione bancaria Europea per descrivere con le categorie del diritto costituzionale l'Unione bancaria Europea. (Cosi A.PIERINI, *unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, fasc. 3, p.413)

<sup>606</sup> Sul punto S.AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, 2016, ove si ricostruiscono i rapporti in commento come forme di cooperazione asimmetrica. Si afferma qui che la funzione di supervisione coamministrata dalla BCE e dalle Autorità nazionali, presenta una strutturazione a geometria variabile perché i confini di competenze sono mobili e possono essere spostati per decisione unilaterale della BCE.

La regola generale è infatti quella che ripartisce le competenze alla luce del criterio della significatività, alla BCE quindi va la supervisione sulle banche significative mentre alle Autorità nazionali quella sulle banche "non significative", tuttavia per decisione unilaterale (ed altamente discrezionale) della BCE, la stessa può "espandere" le sue competenze anche a banche "non significative. I rapporti di cooperazione tra la BCE e le Autorità nazionali vengono poi dall'A. ripartiti in tre macro categorie :

I) procedimenti cogestiti, che consistono in due subprocedimenti, uno nazionale e l'altro europeo, i cui principali esempi sono costituiti dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e dalla relativa revoca. All'Autorità nazionale compete l'istruttoria e il progetto di decisione che in caso di risultanze positive viene proposta alla BCE di rilasciare il provvedimento.

II) procedimenti di reciproca consultazione, in modo da realizzare un coordinamento preventivo, che possono strutturarsi in doppio senso: "sia dalle Autorità nazionali alla BCE (ad esempio in materia di imposizione alle banche di riserve supplementari, o di altre misure previste dalle norme primarie europee a scopo prudenziale); sia in senso inverso, in quanto la BCE può avocare la competenza e comunicare, a sua volta, tale intenzione all'Autorità nazionale "di riferimento".

III) "infine ci sono i procedimenti di collaborazione operativa, relativi alla messa a disposizione della BCE, da parte delle Autorità nazionali, di proprie strutture e personale, come supporto in loco per la predisposizione o per l'attuazione delle decisioni della Banca europea.

Si configura in questi casi una fattispecie di avvalimento, più che di decentramento, perché all'Autorità nazionale sono affidati compiti di supporto o, al più, istruttori, ma non decisori.

Un caso di decentramento organico si ha, invece, ove la BCE chieda all'Autorità di un Paese membro di avviare un procedimento sanzionatorio nei confronti di soggetto avente sede in quel Paese, in caso di violazione di disposizioni legislative nazionali di recepimento o attuazione di direttive europee. In questo caso, infatti, la BCE decentra sia il procedimento che il provvedimento sanzionatorio. Infine, la BCE può chiedere alle Autorità nazionali il distacco o lo scambio di

Se infatti è vero che l'Unione Bancaria già dal proprio *nomen* sembra riconfermare quantomeno la volontà di costituire un ordinamento unitario del credito, non si può comunque non considerare che non si è potuto<sup>607</sup> e voluto procedere con l'ulteriore passo della riduzione delle Autorità nazionali a mere articolazioni interne della Banca Centrale Europea, forse non tanto per le contingenze non felici in cui versa il progetto politico europeo, ma soprattutto per la tradizionale tendenza al rispetto del c.d. principio della gradualità (step-by-step)<sup>608</sup>. I tempi non erano (e con tutta probabilità non lo saranno ancora per molto) maturi per gli ulteriori passi in avanti<sup>609</sup> che potrebbero un domani<sup>610</sup> giustificare la rinascita a livello europeo dell'ordinamento sezionale. Come un araba fenicia la tesi di Giannini potrebbe quindi, in futuro, riconquistare una capacità descrittiva del funzionamento del sistema del credito<sup>611</sup>. L'Unione Bancaria ha quindi da un lato determinato la definitiva crisi della ricostruzione sezionale dell'ordinamento creditizio, dall'altra (forse) posto le basi per una sua possibile riproposizione in chiave unionale e non meramente statale<sup>612</sup>.

Da questa premessa sull'Unione bancaria però non credo si possa far discendere come corollario il superamento della questione legata alla dimensione non

---

*personale, in particolare al fine di costituire gruppi di lavoro integrati per la supervisione di gruppi bancari supernazionali*".

<sup>607</sup>I tempi non saranno maturi fintanto che resti inalterato l'art. 127, paragrafo 6, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea che consente l'attribuzione di "compiti specifici" in materia di vigilanza prudenziale alla BCE. Fino ad una modifica dello stesso non si potrà procedere oltre, ma questo non è certamente un ostacolo assoluto ed insuperabile per il futuro, essendo possibili procedure di revisione.

<sup>608</sup> R.IBRIDO, *L'unione bancaria europea: Profili costituzionali*, 2017, p.304, ove si afferma che la Banking Union è perfettamente coerente con la logica funzionalista, cioè con la logica del progressivo ma costante rafforzamento del processo di integrazione economica su base settoriale e che dovrebbe poi agevolare anche la dimensione politica dell'integrazione.

<sup>609</sup> La perdurante autonomia della autorità nazionali credo sia legata poi anche alla difformità delle legislazioni nazionali che, sebbene armonizzate e di derivazione unionale, presentano elementi differenziali notevoli. La costituzione di una disciplina del mercato finanziario unitaria (non più solo armonizzata) a livello europeo ritengo sia infatti altra condizione tecnica necessaria ai fini della riproposizione dello schema Gianniniano. L'interpretazione e l'applicazione della normativa interna direttamente da parte della Bce sembra alquanto difficile da ipotizzare, alla luce delle potenziali lacune tecniche della stessa rispetto all'applicazione di una normativa nazionale, tuttavia però non è da escludere alla luce di alcune previsioni del Reg. UE n.1024/2013 che in tal senso paiono muoversi. Per approfondimenti sul tema si rinvia a M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit. ,p.986.

<sup>610</sup> L.TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione Europea e l'Unione bancaria*, in *L'Unione bancaria europea* a cura di Chiti e Santoro, p.55, 2016, ove si afferma che la compresenza di diversi modelli di *governance*, potrebbe essere valutata "come uno stato provvisorio, all'interno di un processo di evoluzione ancora in corso , il cui approdo potrebbe essere una ancor più accentuata federalizzazione delle regole e delle istituzioni".

<sup>611</sup> In tal senso rileggerei la tesi di V.SANTORO-M.P.CHITI, *Unione bancaria europea*, p.16, 2016 ove nella introduzione i curatori del volume riconoscono che l'Unione Bancaria abbia dato vita ad una sorta di ordinamento giuridico sezionale.

<sup>612</sup> Il definitivo superamento del principio del federalismo esecutivo, in virtù del regolamento istitutivo del meccanismo unico di vigilanza, potrebbe essere letto anche come una conferma di questa tendenza. Se in precedenza infatti la fase esecutiva dell'applicazione delle norme interne era attribuita alle sole autorità nazionali, oggi invece con il riconoscimento di poteri di attuazione delle normative nazionali anche alla Bce potrebbe leggersi come un primo passo verso una vigilanza accentrata esclusivamente nelle mani della Bce, il che di conseguenza potrebbe giustificare la riproposizione della tesi del Giannini. Per approfondimenti sul tema si rinvia a M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit. ,986 e ss., nonché M.C.DE BIASIO, *Le criticità dell'Unione Bancaria: una prospettiva pubblicistica*, working paper disponibile su [www.unibocconi.it](http://www.unibocconi.it)

neutrale e conformativa dei poteri (un tempo detenuti dalla Banca d'Italia ed oggi condivisi con la BCE) e ciò per una serie di ragioni:

-in primis la difficile configurabilità di poteri neutrali (salvo che per quelli giustiziali) alle autorità indipendenti<sup>613</sup>;

-in secondo luogo pur a volerne ammettere l'esistenza, gli stessi sarebbero nel migliore dei casi assolutamente inefficienti e miopi rispetto alle esigenze complessive di stabilità del sistema<sup>614</sup>;

-in terzo luogo perché, come parte della dottrina<sup>615</sup> sta cercando di affermare, gli stessi problemi posti dalla Banca d'Italia si ripropongono (forse in maniera più acuta) anche per la BCE, non solo nell'esercizio della funzione di banca centrale e quindi rispetto alle politiche monetarie non neutrali<sup>616</sup>, ma anche per la funzione

---

<sup>613</sup> A. POLICE, in *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 250, ove si fa riferimento al tramonto del mito della neutralità, riconoscendo alle autorità indipendenti (nella specie all'Antitrust) la natura di amministrazioni non neutrali e quindi la titolarità di un interesse e di un fine pubblico.

<sup>614</sup> Nel peggiore dei casi mutuando il pensiero di C.SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, ove nonostante (il pensiero dell'A. potrebbe essere strumentalizzato a sostegno della neutralità delle autorità indipendenti ma anche a contrasto della predetta tesi, essendo in Europa del tutto inimmaginabile al tempo dell'A. "l'erompere" delle autorità indipendenti) l'ambiguità (p.155) del concetto (che spesso ha prodotto, nella dottrina pubblicistica, richiami impropri volti a sostenere letture deformanti ed antitetiche del pensiero di Schmitt) si riconosce il pericolo che la neutralizzazione e l'oggettivizzazione delle decisioni politiche (prodotte dal trasferimento delle decisioni politiche alla magistratura) possa paradossalmente condurre "alla politicizzazione partitica di entità finora neutrali" (p.167) .

<sup>615</sup> C.BUZZACCHI, *La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica*, 2017. In tale scritto il concetto di "custode della costituzione economica" è utilizzato per descrivere la tendenza alla crescente politicizzazione della BCE, anche alla luce del crescente numero di funzioni attribuitele. L'aumento costante delle funzioni e delle decisioni attribuite alla Banca centrale europea che si caratterizzano per «un certo grado di politicità» renderebbero cioè indispensabile la costruzione di una cornice istituzionale di «controllo e responsabilità» (p.56). In tale ottica l'A. propone quindi una lettura decisamente opposta a quella di F.MOROSINI (*Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea*, 2014) che vede nella BCE un organo para-giurisdizionale, in tale conteso nozione di "custode" vuol evidenziare uno stretto nesso tra la funzione di banca centrale e quella delle corti costituzionali. La BCE rappresenterebbe cioè l'argine rispetto al rischio di "mercificazione" del consenso politico attraverso la leva monetaria, nell'ottica di tutela delle libertà economiche. (R.IBRIDO, *Il ruolo politico della BCE. A proposito di un recente volume curato da Camilla Buzzacchi. Recensione a C. Buzzacchi (cur.), La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica (Giuffrè, 2017)*, in *Riv. dir. banc.*, 24, 2017.

<sup>616</sup> E.C.RAFFIOTTA, *la banca centrale europea tra regole tecniche e vocazione politica. verso una tecnocrazia europea?*, in A. Ciancio (a cura di), *nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in europa*, 2014, pp. 619-631; id. *Il volto ambiguo della Banca centrale europea*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria: La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, pp. 215-232; interpretazione in parte diversa si rinviene in G.NAPOLITANO, *La banca centrale europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera della politica monetaria?*, coautore Marino Perassi, in *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi*, a cura di G. Amato e R. Gualtieri, Passigli, 2013, pp. 41-55.

di vigilanza<sup>617</sup> come impostata dal meccanismo unico<sup>618</sup>. Si consideri infatti che argomenti a sostegno della validità di tale ricostruzione anche per la Bce sono rinvenibili ad esempio alla luce della constatazione che la stessa persegue le medesime finalità contenute nell'art. 5 del tub. Sebbene infatti il regolamento istitutivo del meccanismo unico non preveda un articolo dal contenuto analogo<sup>619</sup> all'art. 5 del t.u.b., tuttavia però vi sono i considerando 5,6 e 15 che se letti in combinato disposto sembrano riproporre il contenuto dell'art. 5 del t.u.b. I considerando hanno infatti, come affermato da Clarich, lo stesso valore degli articoli<sup>620</sup> negli atti dell'Unione Europea;

- in quarto luogo anche perché la stessa autorevolissima dottrina<sup>621</sup> che ha a lungo sostenuto la neutralità della Banca d'Italia, in relazione alla BCE ed all'Unione Bancaria Europea fa riferimento esclusivamente al concetto di indipendenza;

- infine perché come di recente sostenuto da Amorosino<sup>622</sup> *“se la vicenda del terzo pilastro è direttamente e vistosamente segnata dalla politica, le esperienze, finora, degli altri due meccanismi – rispettivamente di supervisione e risoluzione unica – sono caratterizzate, nei casi più rilevanti, da una politicità soffusa e diffusa, “filtrata” sovente attraverso decisioni tecniche”*, in sintesi per l'autore *“le varie Autorità, poste nei “nodi” della rete, non sono neutrali ed oggettive, ma decidono in base agli equilibri tra i diversi e talora contrapposti interessi, che si formano nelle specifiche contingenze”*<sup>623</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si può quindi dedurre che seppur la normativa di riferimento e la filosofia di fondo alla stessa possano cambiare, l'attualità del

---

<sup>617</sup> C.BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 cost. e funzioni della banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della repubblica e ordinamento dell'unione*, p.,2016, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), ove si afferma che *“Come è mutato nel recente passato, così il ruolo di questa istituzione potrà mutare anche di più nel prossimo futuro. Invero si tratta di mutamenti che potrebbero incidere sulla natura dell'organo, destinato ad esercitare funzioni che in larga misura incorporano scelte di natura politica”*. Sul punto l'autrice prende a riferimento la tesi di E.PAPARELLA, *Il banchiere centrale in Italia e in Europa, le origini dell'autonomia e i recenti sviluppi in tempi di crisi*, in Studi in onore di Claudio Rossano, Sapienza Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di economia e diritto. Sezione di diritto dell'economia, 2013, p. 2233, ove si riconosce che l'autonomia e l'indipendenza della Bce non devono essere confuse con un'a concezione fuorviante di «neutralità», come se la Banca dovesse operare in una «condizione di vuoto politico». Poiché invece ogni sistema di governo democratico-costituzionale deve prevedere l'istituzione di poteri indipendenti, questi non devono connotarsi come «isole», ma necessitano sicuramente un potere politico a cui rapportarsi e con cui interagire.

<sup>618</sup> In tema di autorizzazione

<sup>619</sup> Ciò fu messo in risalto da Costi preoccupato che i poteri attribuiti della Banca centrale europea potessero essere esercitati ai fini di un controllo dirigistico della struttura del mercato creditizio e per questo venne aggiunto un capoverso al considerando 15. In tal senso si veda M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit.,p.990, nota 37.

<sup>620</sup> M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, op.cit.,p.990, nota 37.

<sup>621</sup> L.TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione Europea e l'Unione bancaria*, in *L'Unione bancaria europea* a cura di Chiti e Santoro, p.59, 2016. Sintomatico in tal senso risulta anche il terzo paragrafo (p.61/62) intitolato: *“Politica, tecnica ed amministrazione”* ed ove si fa riferimento al concetto di tecnica ed indipendenza ma mai a quello di neutralità.

<sup>622</sup> S.AMOROSINO *“L'Unione Bancaria Europea e l'egemonia delle decisioni politiche”*, in Riv. dir. banc., [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), pp.4/5, 2018.

<sup>623</sup> L'A. continua affermando infatti che *“Solo gli europeisti ideologici, o subalterni (le due cose spesso coincidono), credono, o fanno finta di credere, all'oggettività o sacralità delle regole, e poi delle decisioni europee”*.

pensiero del Giannini resta quantomeno per la perdurante dimensione conformativa e non neutrale che è stata plasticamente ribadita, sotto molteplici profili, anche dalla recente riforma delle banche popolari. Si deve constatare infatti che l'attività bancaria è e resterà ancora a lungo, salvo imprevedibili e repentini sviluppi delle innovazioni tecnologiche<sup>624</sup>, non una semplice attività d'impresa equiparabile alle altre, ma perno centrale dei sistemi capitalistici contemporanei, con conseguente rilevanza pubblica<sup>625</sup> del tutto peculiare<sup>626</sup> rispetto alle altre intraprese private<sup>627</sup>.

## **5. La compatibilità di poteri conformatori e degli spazi discrezionali con una economia sociale di mercato.**

Come è emerso dalla riforma delle banche popolari e più in generale dalle argomentazioni connesse a questa, specie di derivazione unionale, sono molteplici e particolarmente penetranti i poteri conformativi attribuiti alle autorità di vigilanza, i quali uniti al riconoscimento di spazi discrezionali possono porre dubbi, non solo sulla dimensione neutrale di tali amministrazioni ma anche sulla compatibilità con i Trattati Ue<sup>628</sup> che sposano la tesi dell'economia sociale di mercato.

Il quesito che sorge spontaneo è quello relativo alla possibilità di ricondurre tali poteri nell'alveo del passato ordinamentale, intendendoli come residui o ricostituzioni di un mercato amministrato in modo dirigistico oppure se tali coefficienti di conformazione e discrezionalità possano trovare, una adeguata giustificazione, anche in un sistema neoliberale costruito intorno al paradigma dell'economia sociale di mercato.

Per poter rispondere a questa domanda è opportuno chiarire il significato dei concetti di cui prima, in special modo quello di economia sociale di mercato.

---

<sup>624</sup> Sul tema una nuova tecnologia che sembra poter rivoluzionare dalle fondamenta il nostro sistema capitalistico potrebbe essere la *Blockchain*, in tal senso M.IANSITI e K.R.LAKHANI, *'The Truth about Blockchain'*, Harvard Business Review, 2017.

<sup>625</sup> F.BELLI, *Legislazione bancaria italiana*, Pacini, 2010, p.37 e ss., ove si afferma la funzione sociale del sistema bancario nelle economie di mercato. L'A. distinguendo tra impresa diritto e impresa funzione, riconosce che la banca si tanto impresa che entità connessa alla produzione e per questo socialmente rilevante.

<sup>626</sup> Si riconosce ormai l'esistenza di uno speciale diritto delle imprese bancarie « *così incisivamente derogatori rispetto al regime comune, da costituire un sistema disciplinare autonomo, fonte di regole e principi generali, dal cui stesso bacino attingere criteri ed elementi per la regolazione di eventuali lacune* ». Così M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *L'Unione bancaria europea*, a cura di M.P.Chiti-V.Santoro, Pisa, 2016, 372.

<sup>627</sup> La conferma delle "peculiarità" del diritto delle società bancarie, è ormai confermata anche dalla dottrina commercialistica, G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 2016, 48 ss.; C. FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *Regole e mercato*, a cura di M.Mancini, A.Paciello, V.Santoro, P.Valensise, I, Torino, 2016, 45 ss.; T.TOMASI, *I poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce delle nuove norme sulla crisi bancaria*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 872 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il ruolo del legislatore*, a cura di G.Carcano, C.Mosca, M.Ventoruzzo, Milano, 2016, 411 ss.; D. STANZIONE, *Note al d.lgs. 12 maggio 2015, n.72: tra rafforzamento della vigilanza e "compressione" della governance societaria*, in *Riv. dir. soc.* 2016, 191 ss.;

<sup>628</sup> Si veda l'art. 3 TUE.

L'economia sociale di mercato è ricollegabile alle tesi della filosofia dell'ordoliberalismo elaborate dagli esponenti della scuola di Friburgo. Costoro pur collocabili all'interno delle tesi liberali superarono, riconoscendo la necessità dell'intervento dello Stato, l'impostazione di Adam Smith che invece attribuiva alla mano invisibile del mercato la capacità intrinseca di sviluppare un'economia armoniosa. Tale impostazione partendo dalla constatazione per cui i problemi dell'economia non sarebbero stati risolti semplicemente lasciando al mercato la possibilità di evolversi liberamente in virtù del *laissez-fair*, rivendicava quindi la presenza di uno Stato forte capace di prevenire i fallimenti che un mercato abbandonato a se stesso produce. Questa lettura di matrice liberale negava però che lo Stato dovesse assumere un ruolo di direzione e di regia del mercato attraverso processi di pianificazione e controllo dell'economia.

L'ordoliberalismo si fonda infatti *“sul concetto neokantiano dell'Ordo, cioè sul regno della legge indirizzata ai fini morali nel quadro delle condizioni naturali e storiche accertate dalle scienze sociali”*<sup>629</sup>.

L'ordine economico libero non può realizzarsi in presenza di uno Stato che intervenga nei processi economici alterando il meccanismo concorrenziale, lo Stato in tale ottica ha il compito primario di assicurare le regole del gioco che costituiscono il mezzo principale attraverso il quale realizzare un'economia sociale di mercato.

La scuola di Friburgo si oppose quindi alle tesi socialiste della pianificazione centralizzata e del dirigismo<sup>630</sup>, ponendosi in un certo senso al di là della tesi liberale tradizionale di Smith ma continuando comunque a permanere nel relativo alveo seppur con correzioni teoriche di quel pensiero.

Gli ordoliberali innalzano quindi la concorrenza a bene pubblico distinguendola dall'interesse individuale di ciascuno ad avvantaggiarsi di tal bene<sup>631</sup>. Tale impostazione riconosce quindi una dimensione istituzionale, negata dal paradigma liberale, al mercato inteso come ordine costituzionale<sup>632</sup>.

Uno dei principali esponenti di tale dottrina economica fu senza dubbio Ropke, il quale contribuì alla costruzione di una terza via tra mero capitalismo liberale improntato sul *laissez fair* e collettivismo socialista. Costui non negò la possibilità di interventi pubblici sul mercato purché intesi in senso conforme al rafforzamento dello stesso e purché ciò non determinasse la preclusione o la soppressione dell'autonomia dei privati<sup>633</sup>.

Per concludere i punti fondamentali dell'economia di mercato sono da rinvenire in quelli che oggi costituiscono i cardini posti alla base della Unione Europea, cioè: un severo ordinamento della moneta, un credito conforme alle norme sulla concorrenza, una regolamentazione della concorrenza volta ad evitare la formazione di monopoli, una politica tributaria neutrale rispetto alla concorrenza,

---

<sup>629</sup> V.ZANONE, *Il liberismo moderno*, in L.Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche sociali*, Utet, Torino, 1989, p.225

<sup>630</sup> V.ZANONE, *Il liberismo moderno*, in L.Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche sociali*, Utet, Torino, 1989, p.226

<sup>631</sup> F.FELICE, *L'Economia sociale di mercato*, Rubbettino, Catanzaro, 2008, p.30

<sup>632</sup> F.FELICE, *L'Economia sociale di mercato*, Rubbettino, Catanzaro, 2008, p.31

<sup>633</sup> V.ZANONE, *Il liberismo moderno*, in L.Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche sociali*, Utet, Torino, 1989, p.227



una politica che eviti sovvenzioni che alterino le dinamiche concorrenziali ed infine la tutela dei consumatori<sup>634</sup>.

Queste tesi in Italia non fecero breccia all'indomani della conclusione della seconda guerra mondiale, l'assemblea costituente infatti recepì in campo economico le tesi della democrazia sociale, le più coerenti rispetto alle due anime principali che costituiscono il fulcro di quella fase costituente. Il punto mediano tra le tesi del pensiero cattolico e quello comunista diede vita ad una democrazia sociale basata sulla pianificazione e sul dirigismo amministrato<sup>635</sup>. Questo sistema ha quindi subito un'opera di inesorabile e lenta trasmutazione solo con l'affermarsi del processo di unificazione europea, che hanno quindi consentito l'affermazione delle logiche sottese all'economia sociale di mercato.

Il modello italiano già frutto di un'opera di ibridazione tra liberismo e dirigismo, produttivo di un sistema sbilanciato a favore del secondo termine dell'equazione, ha quindi poi subito sotto l'influenza dei Trattati comunitari una ulteriore ibridazione volta a ribilanciare il peso dei termini dell'equazione ordinamentale a favore questa volta del neoliberalismo.

Questa generalissima ricostruzione è ulteriormente complicata nel settore bancario, dove la normativa europea ha risentito degli accordi internazionali, i quali hanno avviato un'opera di deregulation (liberale in senso tradizionale) con una costante diminuzione dei lacci legali, il cui frutto maturo era rinvenibile nell'Accordo di Basilea II. Solo la crisi finanziaria del 2008 ha costretto ad un ripensamento del sistema, riaffermando in un certo senso l'idea ordoliberalista dell'economia sociale di mercato e di una regolazione puntuale.

Fatta questa premessa possiamo valutare se i poteri conformativi e gli spazi discrezionali riconosciuti alle autorità di vigilanza possano essere considerati come un mero residuo del passato ordinamentale cioè di uno stato dirigista o se invece possano essere ritenuti coerenti anche con uno stato regolatore basato sulle logiche dell'economia sociale di mercato.

Sul punto potrebbero forse essere sostenute tre impostazioni.

Una prima tesi potrebbe considerare i poteri conformativi e gli spazi discrezionali come interferenze incompatibili con l'economia sociale di mercato e quindi come retaggi del passato ordinamentale in via di progressivo superamento.

Una seconda invece potrebbe ritenere i poteri conformativi ed alcuni spazi discrezionali del tutto coerenti con l'economia sociale di mercato, optando tale modello per un sistema si improntato ad affermare uno Stato regolatore, ma ciò senza negare l'essenzialità dell'intervento conforme al rafforzamento del mercato in modo da prevenire il pericolo dei fallimenti dello stesso.

Una terza tesi forse preferibile potrebbe, partendo dalla precedente ricostruzione, effettuare una precisazione, cioè quella di ammettere che gli spazi discrezionali siano talvolta un peso del passato ordinamentale in via di tendenziale riduzione.

Questa impostazione riconosce cioè come il nostro ordinamento seppur mutato geneticamente dall'influenza unionale di matrice ordoliberalista (rectius di una economia sociale di mercato ex art. 3 tue) presenta ancora oggi delle peculiarità

---

<sup>634</sup> F.FELICE, *L'Economia sociale di mercato*, Rubbettino, Catanzaro, 2008, p.51

<sup>635</sup> A.Q.CURZIO, *Il peccato originale della Costituzione*, in *La costituzione criticata*, p.450.

genetiche talvolta occultate all'interno di formule sacralizzate chiaramente derivanti dall'ordinamento europeo me riempite dal peso del passato (si veda l'art. 5 del tub) che costituiscono lo spiraglio lasciato, nella ricezione delle direttive europee, alla dimensione dell'opportunità talvolta confusa con l'opinabilità.

Il cambiamento (dal 1992 in poi) per quanto veloce non avrebbe cioè eliminato completamente il pregresso, come dimostrano le riflessioni di Minervini in tema di sana e prudente gestione all'indomani della introduzione del Tub.

Il tendenziale ridimensionamento di queste spiragli di discrezionalità è da taluni riconosciuto alla luce della regolazione prudenziale secondaria prodotta da questa stesse autorità, tuttavia non si deve dimenticare che tale limitazione della discrezionalità dell'autorità di vigilanza, specie nell'esplicazione della funzione operativa, sia in un certo senso vera ma frutto di un occultamento del momento valutativo che non scompare essendo solo anticipato. Ciò realizza, a ben vedere, più un riconoscimento delle istanze di trasparenza che di vera e propria eliminazione di discrezionalità, anche se tale assunto deve essere certamente mitigato dall'influenza che su questa normativa secondaria esercita la disciplina comunitaria.

Sulla base di tali premesse si può quindi rigettare la tesi di Schmitt che riconosceva alla banca centrale un ruolo necessario e neutrale in senso tecnico, ed accogliere invece la prospettiva del Predieri<sup>636</sup>, il quale ha sostenuto in più occasioni come nulla sia così lontano dalla neutralità quanto l'azione della banca centrale. La banca centrale non è un mero arbitro ma l'operatore forse più incisivo in senso conforme al mercato, potendo ad esempio dar vita alle norme tecniche di vigilanza prudenziale che sarà poi essa stessa ad applicare. Predieri si spinge infatti ad affermare che la banca centrale sia il guardiano della stabilità e della cultura della stabilità attraverso poteri di conformazione che la assimilano ad una balia e che le consentono di decidere in senso tutt'altro che neutrale anche attraverso la ponderazione di interessi. Non sarebbe secondo il Predieri infatti immaginabile una economia sociale di mercato in assenza di una istituzione dotata di tali poteri.

In conclusione a prescindere dall'impostazione preferita, si potrebbe però constatare come a non essere coerente con le logiche ordoliberali, sembra sicuramente essere solo l'intervento strutturale sul mercato che ha marginalizzato ed in chiave prospettica espunto il modello delle banche popolari.

---

<sup>636</sup> A.PREDIERI, *Schmitt un nazista sena coraggio*, op.cit., p.167 e ss.

## **6 Conclusione della tesi: la (presunta) tendenza fondamentale del nostro tempo (giuridico), un riepilogo complessivo per riportare a sistema il discorso della neutralità (il vero leit motive dei tre capitoli).**

Il tentativo (forse frutto di un peccato di ὑβρις<sup>637</sup>) è stato quello di voler provare a dimostrare, partendo dall'analisi della riforma delle banche popolari e del ruolo della Banca d'Italia<sup>638</sup>, ed in base alle evidenze empiriche dalla stesse ricavabili, che il mito della neutralità, nella triplice declinazione dell'istituto giuridico del contratto di società (di cui si è detto nel primo capitolo), della scelta del legislatore (di cui si è detto nel secondo capitolo) e della tecnica (profilo trattato in questo terzo capitolo), sia spesso più un pregiudizio che una evidenza positiva tanto nel diritto commerciale quanto nel diritto costituzionale ed amministrativo.

Nel primo capitolo si è infatti ripudiata la tesi della neutralità del contratto di società, anche in virtù della tesi secondo cui la forma è sostanza<sup>639</sup>.

Nel secondo capitolo si è implicitamente dimostrato l'impossibilità anche costituzionale di definire neutrale e meramente tecnica la scelta politica di sopprimere (rectius fortemente ridimensionare) l'attività bancaria cooperativa delle popolari. In primis perché il nostro sistema costituzionale impone la dimensione politica della scelta legislativa, in secondo luogo perché la gran parte delle richiamate esigenze tecniche era presunta più che reale (si pensi al carenza di sostanza mutualistica delle stesse).

Nel terzo capitolo si è infine posto il problema della neutralità della tecnica nel diritto amministrativo, in questo settore disciplinare la neutralità è spesso più un dato proclamato che una intrinseca qualità, come si evince del resto dal tema della discrezionalità tecnica e della dimostrazione più in genere delle funzioni di vigilanza non neutrali della Banca d'Italia. La quale essendo dotata di forte indipendenza dall'apparato politico, non attuandone l'indirizzo ed attuando invece gli indirizzi contenuti in Costituzione e nella legge ordinaria, è preposta alla risoluzione di complesse questioni tecniche, attraverso funzione di regolazione e controllo.

La discrezionalità è l'opposto della neutralità<sup>640</sup>. Se c'è anche solo in minima parte discrezionalità (o conformazione) non può parlarsi di neutralità.

---

<sup>637</sup> Nella Grecia antica erano così definiti in senso dispregiativo gli atti di coloro i quali peccavano di tracotanza verso gli Dei per aver violato il senso della misura.

<sup>638</sup> Questa riforma è un compendio di molti delle più grandi problematiche dibattute a livello dottrinale e giurisprudenziale negli ultimi decenni, nel diritto commerciale ed amministrativo, tutte a mio avviso accumulate da un minimo comune denominatore: la presunzione di neutralità. Sono partito quindi dal particolare (dettaglio normativo) per poi astrarre il problema comune e tentare così di smitizzarlo (sempre rifacendomi al dettato positivo particolare).

<sup>639</sup> Il riconoscimento della dimensione conformativa di poteri all'autorità di vigilanza, anche alla luce della disciplina normativa europea, non credo debba essere necessariamente intesa come una conferma dell'opzione istituzionalistica o neoistituzionalistica dell'istituto societario, ma anzi una conferma della tesi contrattualistica. Il rapporto dialettico tra diritto privato e pubblico non dovrebbe essere inteso nel senso di poter riconoscere ad una disciplina dei poteri dell'autorità di vigilanza (soggetto pubblico) la possibilità di incidere sulla natura degli istituti del diritto privato.

<sup>640</sup> Il richiamo alla neutralità spesso pare connesso all'esigenza di giustificare l'assenza di una legittimazione democratica, più che per ragioni di teoria economica. Mi sembra cioè si possa affermare che per le autorità indipendenti si ragioni in termini negazione del momento della decisione (in senso Schmittiano) al solo scopo di metterle al riparo da (rectius dequotare) contestazioni di tipo Costituzionale.

Del resto come affermato da Predieri “*trovare qualcuno che sia neutrale, non sembra facile quando teniamo presente che il canone dell’osservatore partecipante tipico del nostro tempo. Se l’osservatore per il solo fatto di osservare modifica i processi, a maggior ragione lo farà un soggetto che non osserva ma che partecipa istituzionalmente ad un processo politico o giuridico*”<sup>641</sup>.

A ciò si aggiunga poi un dato recente veramente indicativo ed eclatante, che forse pone le basi per un nuovo corso anche per il delicato rapporto tra diritto ed economia e che si rinviene (in un campo completamente diverso) cioè nella nuova disciplina del codice dei contratti pubblici ed in particolare nel criterio di aggiudicazione adottato in via preferenziale (cioè quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e non del massimo ribasso<sup>642</sup>) che comprova la presa di coscienza circa l’insufficienza di un dato puramente vincolato a raggiungere un risultato conforme a giustizia sostanziale e teso alla migliore realizzazione dell’interesse pubblico<sup>643</sup>. Questo revirement ispirato dall’UE potrebbe segnare, forse, una nuova tendenza anche nei più generali rapporti tra tecnica e diritto.

Si conclude la trattazione richiamandosi ad una lucida constatazione “*il diritto di cui ha bisogno l’economia è un altro diritto, nuovo nelle categorie rinnovate, fatto del governo degli interessi, della comparazione, delle mediazioni tra le parti interessate secondo equilibrio. Per superare il dualismo storico tra pubblico e privato, tra regolazione possibile ed economia, non può che ripartirsi dalla giusta posizione assumibile, nel processo dialettico, tra interesse pubblico e attività private*”<sup>644</sup>. Non neutralità ma corretta comparazione di interessi<sup>645</sup>.

---

<sup>641</sup> A.PREDIERI, *Schmitt un nazista senza coraggio*, 1999, p.148

<sup>642</sup> Mentre infatti in passato erano equivalenti, ormai il massimo ribasso è residualizzato ad ipotesi tipiche previste dall’art. 95 del codice. In tal senso F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p.1653/1654.

<sup>643</sup> La scelta del criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, che si fonda su di una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, non richiede solamente la presenza di criteri sufficientemente puntuali per l’attribuzione dei punteggi, ma anche la predeterminazione nella legge di gara di criteri di valutazione dell’offerta pertinenti alla natura, all’oggetto ed alle caratteristiche del contratto; pertanto, l’amministrazione, nell’effettuare le proprie scelte, deve ricercare un equilibrio tra prezzo e qualità, che non ha un valore solo tra i due parametri, ma anche all’interno di ciascuno degli stessi, onde consentire alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall’altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell’offerta.

Il solo limite alla discrezionalità amministrativa della stazione appaltante è quello della irragionevolezza dei criteri prescelti in quanto non pertinenti e non proporzionati alle prestazioni da affidare, che rende viziata la *lex specialis* e la conseguente gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 31/08/2017, n. 4131 ). È rimessa invece alla discrezionalità meramente tecnica della Commissione aggiudicatrice la valutazione e l’attribuzione del relativo punteggio all’offerta presentata dai concorrenti.

<sup>644</sup> E.M. MARENGHI, *Amministrazione e nuovo diritto*, 2013, p.25

<sup>645</sup> Il senso della trattazione non è quindi quello di negare l’utilità di queste strutture indipendenti dal potere politico, ma tutt’altro cioè quello di confermarne l’essenzialità ma senza per questo negare alle stesse l’insopprimibile riconoscimento di spazi decisionali e di ponderazione di interessi, seppur nei limiti teleologicamente, finalisticamente positivizzati dalle normative di riferimento.

## BIBLIOGRAFIA

- N.ABRIANI, *Diritto Commerciale a cura di Niccolò Abriani*, Giuffrè editore, 2011.
- G.AMATO, Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia, in Riv. trim. pubb., 1998.
- S.AMOROSINO, *Incostituzionalità della riforma delle banche popolari per decreto legge e con l'attribuzione a Banca d'Italia di poteri regolamentari e derogatori "in bianco"*, in Dir. Banc. Mer. Fin. N. 2/2017.
- S.AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla regulation unica europea*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.4, 2016.
- S.AMOROSINO, *I modelli delle vigilanze pubblicistiche sui mercati finanziari*, in *Bancaria*, 2005,
- S.AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in Banca borsa tit. cred., fasc.1, 1995,
- S.AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, cedam, 2016.
- S.AMOROSINO, *Il tempo ed i termini nelle regolazioni pubbliche delle attività finanziarie*, in AA.VV., *La rilevanza del tempo nel diritto bancario e finanziario*, 2018, p.27 e ss.
- A.ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 2009;
- L.ARCIDIACONO, *La vigilanza del diritto pubblico. Aspetti problematici e profili ricostruttivi*
- N.ATLANTE "Gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese di delibere modificative dello statuto di società di capitali: il nuovo art. 2436 quinto comma c.c." Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 24 marzo 2006.
- V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, 1967.
- A.BASSI, *La riforma delle società cooperative (commento alla legge 31 gennaio 1992 n.59)* in Corr. Giur. 1992;
- A.BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in Codice civile, Commentario diretto da Schlesinger, Milano, 1988.
- A.BASSI, *Commento all'art. 29*, in Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003
- A.BASSI, G.CAPO, T.D'AMARO, V.GIORGI, M.SARNO, *La riforma delle società cooperative (commento alla legge 31 gennaio 1992 n.59)* a cura di A.Bassi, Milano, 1992.
- F.BELLI, *Spunti e riflessioni sull'evoluzione della legislazione in materia cooperativa*, in Osservatorio Regionale Toscano sulla Cooperazione, *Le opportunità del nuovo diritto societario per le imprese cooperative*, Firenze, 2005.
- F.BELLI – A.BROZZETTI voce *Banche popolari*, in Digesto, Discipline Privatistiche, Sezione Commerciale, vol. II, Torino, 1988, UTET.
- F.BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2010)*, Pisa, 2010.
- G.BONFANTE, *La legislazione cooperativa. Evoluzioni e problemi*, Milano, 1984.
- L.BECCHETTI, *Elogio della libertà e diversità bancaria, relazione al convegno del senato del 17/02/2015*;
- L.BECCHETTI- S.BRAGANTINI, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in Il Mulino, 2015.
- C.BELLAVITE PELLEGRINI-L.PELLEGRINI-D.ROMELLI, *Stabilità e efficienza delle banche popolari europee*, in *Credito popolare*, 2012, P.119.

- M.BODELLINI, *L'eterno dilemma della corporate governance della Banca popolare di Milano*, in Contr. Impr., 1121 e ss., 2014
- G.BONFANTE, *La legislazione cooperativistica in Italia dall'Unità ad oggi*, a cura di Giulio Sapelli, in *Il movimento cooperativo in Italia*, Torino, Einaudi, 1981.
- G.BONFANTE in *Trattato di diritto commerciale, diretto da Gastone Cottino*. Vol. 5\3: *La società cooperativa*, 2014, Cedam;
- G.BONFANTE, *Commento art. 2545 decies*, in commentario Cottino, 2004
- P.BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, 2009.
- U.BORSI, *Le funzioni del comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, 1915, vol.II, parte II.
- S.BRAGANTINI-L.BECCHETTI, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in *Il Mulino*, 2015, n. 2.
- BROGI, *La riforma delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari*, a cura di Capriglione, Cedam, 2015.
- L.BORSARI, *Il codice di commercio del regno d'Italia annotato dal cavaliere Luigi Borsari* pag.430 s.s., Torino, Società l'Unione Tipografico-Editrice, 1868.
- G.BOSI, *La riforma delle banche popolari quotate*, in *Banca Impresa Società* n.2. 2012.
- C.BRESCIA MORRA, *Le forme di vigilanza*, in *Manuale di diritto bancario e finanziario* a cura di F, Capriglione, 2015.
- C.BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*, 2016.
- V.BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca impresa società*, n.2/1994.
- C.BUZZACCHI, *La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica*, 2017
- C.BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 cost. e funzioni della banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della repubblica e ordinamento dell'unione*, 2016, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)
- G.CABRAS, *Trasformazione di cooperative in società ordinarie. Evoluzione di un problema*, in *Vita Not.*, 1991.
- V.CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amministrativo*, 1997.
- F.CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur.it.*, III, 1902.
- F.CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1911-1914, ristamp.1960
- CAMILLI, *Verso un modello generalizzato di sindacato sui poteri neutrali?*, in *Foro amm. TAR*, fasc.11, 2005.
- M.CAMPOBASSO, *Diritto commerciale: vol.2 diritto delle società*.
- G.CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, 2001, Milano ,Giuffrè.
- G.CAPO, *Disciplina dell'affiliazione commerciale e tutela del contraente debole. Spunti per uno studio sulla contrattazione fra imprese "asimmetriche"*. In AA.VV. *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, 2005, Milano, Giuffrè.
- G.CAPO, *Commento art. 2545 decies*, in *Commentario Alpa Mariconda*, 2009;

- O.CAPOLINO, *La potestà regolamentare*, La nuova legge bancaria, Milano, 1996, p.113 e ss.;
- E.CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1983, Cedam.
- F.CAPRIGLIONE, *La riforma delle 'banche popolari'*, 2015.
- F.CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari 2001.
- F.CAPRIGLIONE, *L'Europa e le banche. Le 'incertezze' del sistema italiano*, in *Aperta Contrada* (riflessioni su società, diritto, economia) 6 marzo 2017.
- M.T.P.CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci editore, 2017.
- F.CARINGELLA " *Manuale di diritto amministrativo*. edizione X, 2016.
- M.CARLIZZI, *Osservazioni intorno alla riforma delle banche popolari*, in riv. dir. comm., 2016, i, p.65.
- M.CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- S.CASSESE, *I poteri della Consob per l'informazione al mercato*, in *Bancaria*, 1986, n.10;
- S.CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 1995.
- S.CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè.
- S.CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in *I garanti delle regole*, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996.
- F.CASTIELLO, *Cooperazione e cooperative*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988;
- L.CAROTENUTO *Il diritto al rimborso del socio recedente di banca popolare in seguito alla riforma tub* (in corso di pubblicazione).
- A.CECCHERINI-S.SCHIRO', *Società cooperative e mutue assicuratrici: artt. 2511-2548 c.c.*, 2008.
- V.CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa*, in *Dir. Proc. amm.*, 1984.
- G.CHINE', M.FRATINI, A.ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto editore, 2016;
- M.P.CHITI, *Profili della tecnificazione: la nuova disciplina delle banche e dei mercati finanziari*, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, in *La tecnificazione* a cura di Sorace, Leonardo, Civitavecchia Matteucci, Torchia, 2016;
- P.CIOCCA, *Vigilanza: una o più istituzioni Intervento al convegno sul tema: "I nuovi assetti dei mercati finanziari: quale organizzazione della vigilanza?"*, Bologna, 4 maggio 2001 in *Banca impresa società*, 2001, fasc. 3.
- F.CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e giurisdizionalizzazione*, Milano, 2005.
- C.P.CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Rivista del notariato*, 2015, fasc. 4.
- G.P.CIRILLO, *Le autorità amministrative indipendenti a cura di Chieppa e Cirillo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G.Santaniello vol. XLI. 2010.
- M.CLARICH, *Autorità creditizie*, in *T.U.B., commentario a cura di M.Porzio, F.Belli, G.Losappio, M.Rispoli Farina, V.Santoro*, 2010.

- M.CLARICH, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, Banca Impresa Società, Fascicolo 1, Aprile 2003.
- M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, relazione al Convegno "L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni", Modena, 26 ottobre 2012, [www.diritto-amministrativo.org](http://www.diritto-amministrativo.org).
- M.CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca centrale europea*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 3, settembre-dicembre 2013, pp.975-1009
- B.CONFORTI, *La giurisprudenza della corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella carta europea dei diritti fondamentali*, a cura di M. Comporti, Milano, 2005, 107.
- C.G.CORVESE, *Commento all'art.32 T.u.b.*, in *Commentario* a cura di M.Porzio, F.Belli, G.Losappio, M.Rispoli Farina, V.Santoro, 2010.
- C.G.COVERSE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Siena, 2004;
- R.COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001;
- R.COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari*, in *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari? Intervento al Convegno "Principio capitalistico. Quo vadis?"*, Pescara, 16 giugno 2015 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, fasc. 5, pt. 1.
- R.COSTI, *La riforma delle società cooperative: profili patrimoniali e finanziari*, in *Giur. Comm.* 1992;
- A.Q.CURZIO, *Le banche popolari cooperative. Profili italiani ed europei*, 2010.
- A.Q.CURZIO, *Le banche popolari dal XX al XXI secolo*, 2015.
- A.Q.CURZIO, *Il peccato originale della Costituzione*, in *La costituzione criticata*.
- E.CUSA, *La riforma del diritto societario e scopo mutualistico*, in *Riv. Coop.* 2002 n.1.
- E.CUSA, *Il socio finanziatore nelle cooperative*, Quaderni di giurisprudenza Commerciale, 2006.
- T.D'AMARO, *"Banche popolari e banche di credito cooperativo: elementi di disciplina comune"*, (parte I), in *Società*, 1998. e (parte II), in *Società*, 1999.
- D'AMICO, *Commento all'art. 28*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2001.
- L.DE ANGELIS, *Osservazioni sull'invalidità della trasformazione*, in *Le società* 2003;
- M.DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, 2012,
- G.DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, 1997,
- R.DE ROSA, *Analisi funzionale della forma*, Giuffrè editore, 2011
- G.DE FERRA, *Principi costituzionali in materia di cooperazione a carattere di mutualità*, in *Riv. Soc.* 1964.
- F.DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2015.
- F. DI SABATO, *Diritto delle società*, 2011.
- DE VECCHIS, voce *Banca d'Italia*, *Digesto discipline pubblicistiche*, vol.II, 1987.
- L.DI BRINA, *"Il bail-in (l'influenza del diritto europeo sulle crisi bancarie e sul mercato del credito)"*, paper presentato al Convegno di Orizzonti del Diritto commerciale del 26-27 febbraio 2016, disponibile su [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it).
- F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, *Foro Italiano* fasc. n. 4/2015



- A.DI MAJO, *La disciplina generale del contratto: dalle Istituzioni di Diritto Privato* a cura di Mario Bessone, pag.634 ,2013;
- G.DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G.CERRINA FERONI, G.F.FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012.
- P.FRASCANI, "*Le crisi economiche in Italia: Dall'Ottocento a oggi*", Laterza, 2012.
- F.FELICE, *L'Economia sociale di mercato*, Rubbettino, Catanzaro, 2008.
- M.F RATINI, *Il sistema del diritto civile vol.3 il contratto*, Dikè giuridica, 2017.
- G.FERRI, *Le società commerciali nel Codice di Commercio del 1865 in Studi per il centenario dell'unificazione legislativa italiana 1865-1965*, Giunti, 1968.
- G. FERRI, *Banca popolare*, in Enc. dir., vol. V, Milano, 1959.
- G.FERRI, *La tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma*, Riv.soc.1961.
- FERRONI-PREITE, *L'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle delibere di modifica dell'atto costitutivo*, in Vita Not. 2004, pp. 1767 ss.
- F.FERRARA F.CORSI, *Gli imprenditori e le società*, giuffrè, 2009.
- F.FIORDIPONTI, *Lo scopo mutualistico: un'assenza certificata*, in Dir. banc. merc. fin., 2015, III.
- U.FORTI , *Gli acquisti dei corpi morali e l'autorizzazione governativa*, in Riv. dir. Civ., 1913.
- G.FORTUNATO, *Le società cooperative di credito*, Milano, 1877.
- C.FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III. Struttura patrimoniale e finanziaria*, Milano, 2013
- C.FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, Milano, 2009, 105 ss.
- E.GALANTI, R. D'AMBROSIO, A.V. GUCCIONE, *Storia della legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa. Dall'Unità d'Italia al 2011*, Marsilio, 2012.
- E.GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia, n.64, 2009.
- J.K.GALBRAITH, *Il Grande Crollo*, Rizzoli, 2009.
- D.GALLETTI, *Il recesso nelle società di capitali*, Milano, 2000.
- F.GALGANO, *La cooperazione e la democrazia dei produttori*, in *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, Editori Riuniti, 1978.
- F.GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, Riv.Dir.Comm., 1976, I.
- F.GALGANO, *La cooperazione nel sistema costituzionale*, Nuovo Dir.Agr., 1977.
- F.GALGANO, *Le società in genere, le società di persone in Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, XXVIII, terza edizione*, 2007.
- F.GALGANO, *Trattato diritto civile vol.2, terza edizione*, Cedam
- A.GAMBINO, *Sulla trasformabilità delle banche popolari in società per azioni*, in Giur.Comm., 1984, I.
- R.GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VII edizione.
- R.GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, VIII edizione.

- G.GEMMA, *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato*, in Giur. Cost. 1995;
- A.GHISALBERTI, Guglielmo di Ockham, *Scritti filosofici*, Firenze, 1991.
- F.GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*.
- M.S.GIANNINI, Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, 1939.
- M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1 , Milano, 2000.
- M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol.II, Milano, Giuffrè, 1970.
- M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.
- M.S.GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74 ora in *Scritti*, vol.1 , Milano, 2000.
- M.S. GIANNINI, *Accertamento*, in Enc. Dir., p. 226
- M.S.GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in Foro italiano, 1951, IV, p.97 e ss.
- M.GIORDANO, *L'evoluzione della governance delle banche popolari:una riforma annunciata in La riforma delle Banche popolari a cura di Capriglione*, 2015;
- U.GOBBI, voce *Cooperazione*, in *Nuovo Dig. It.*, Vol. IV, Torino, 1938 .
- U.GOBBI, *Recesso convenzionale e recesso legale nelle società a responsabilità limitata*, in Mon. trib., 1912
- U.GOBBI, *I caratteri giuridici della cooperazione*, in *Monit. trib.*, 1894.
- F.GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica alla luce della più recente legislazione di contenimento della spesa pubblica*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014
- A.GRAZIANI, *Società cooperativa a scopo mutualistico*, in Riv. Dir. Comm. 1950, I,
- P.GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015.
- GRIFFITH-JONES, OCAMPO, STIGLITZ, *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, oxford, 2010 S.GRIFFITH-JONES, J.A.OCAMPO, J.STIGLITZ, *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, oxford, 2010
- G.GRIPPO, *Il recesso del socio*, in Trattato Colombo-Portale, vol. 6, t. 1, Torino, 1993, 137
- GUIDA e MASERA, *Does one size fit all. Basel rules and Sme financing*. Bologna, Il Mulino AREL.,2016.
- G.J.HOLYOAKE *La storia dei Probi Pionieri di Rochdale, con prefazione e note di A. Basevi*, edizioni de La Rivista della cooperazione, Roma, 1953.
- H.HEATON "Lo sviluppo dell'economia" in *Storia del mondo moderno: Il culmine della potenza europea 1830-1870*, Vol.X., Cambridge University press.
- M.IANSITI e K.R.LAKHANI, *'The Truth about Blockchain'*, Harvard Business Review, 2017.
- R.IBRIDO, *L'unione bancaria europea: Profili costituzionali*, 2017.
- M. INGROSSO, *Le cooperative e le nuove agevolazioni fiscali profili civilistici contabili comunitari*, 2011, Giappichelli.

- B.INZITARI, *Brrd, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (d.lgs. 180/2015)*, in Riv. dir. banc., 2016.
- B.INZITARI, *La misura precauzionale della limitazione del rimborso della quota nella trasformazione delle banche popolari*, in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 2017
- M.IRRERA e I.POLLASTRO, *La riforma annunciata delle banche popolari*, in Nuovo dir. Soc.,p.8, 2015)
- S.LABRIOLA, *Note preliminari*, in Le Autorità indipendenti, Milano 1999.
- M.LAMANDINI, *La riforma delle banche popolari al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Le Società*, 2017.
- M. LAMANDINI, *Limitazioni al recesso delle banche popolari: il conflitto (apparente) tra disciplina societaria e prudenziale*, 14aprile2016, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).
- M.LAMANDINI, *Azioni e diritto di voto nella riforma delle banche popolari*, in Riv. dir. soc., 2016.
- M.LAMANDINI-D.RAMOS MUÑOZ-J.SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia ,n.79,ottobre 2015, p. 55 e ss..
- J.C. LAGUNA DE PAZ, *El Mecanismo Europeo de Supervisión Bancaria*.
- V.LEMMA, *Too big to be popular: il limite all'attivo delle banche popolari*, in *La riforma delle banche popolari a cura di Capriglione*, 2015.
- P.LUCCARELLI, *Commento all'art. 2436*, in *La riforma delle società- Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6*, a cura di Sandulli e Santoro, 2, I, Torino, 2003.
- G.LUCARONI, *alla voce Testo Unico Bancario*, in *Treccani dizionario di economia e finanza*.
- G.LUCHENA, *Autorità indipendenti e Costituzione economica*, in *Amministrazione in cammino*, 23 Novembre 2016.
- L.LUZZATI, *Delle Unioni di credito di Schulze Delitzsch*, Venezia,1871.
- F.MAGLIULO, *Il ruolo del registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato* 2005, p. 50 ss.
- M.MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza legale*, n.73, 2013.
- S.MANGIAMELI "L'ordinamento europeo. Vol. 1: I principi dell'Unione", 2006.
- E.M. MARENGHI, *Amministrazione e nuovo diritto*, 2013.
- F.MARRELLA, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell' economia volume trentesimo, "La nuova lex mercatoria principi unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale"*.
- G.MARASA', *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese (riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in *Giur. Comm.I*,2012.
- G.MARASA', *Le banche cooperative*;
- M.MAUGERI, *Banche popolari, diritto di recesso e tutela costituzionale della proprietà azionaria*, in *Rivista delle Società'*, fasc.6, 2016,
- M.MAUGERI, *Ancora su possibilità e limiti costituzionali di una disciplina del recesso nelle banche popolari (osservazioni a Consiglio di Stato, 15 dicembre 2016)* in *Rivista delle società*, 2017, n. 1

- B.G.MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in Osservatorio sulle fonti a cura di De Siervo, 1996.
- S.MAZZAMUTO in "La riforma delle banche popolari e l'europa come pretesto" in *Europa e diritto privato*, 2016, fasc. 1,
- F.MERUSI, *I rapporti tra governo ed amministrazione*, in L'amministrazione pubblica in Italia, a cura di Cassese e Franchini, Bologna, 1994.
- F.MERUSI, *Autorizzazione all'esercizio*, in Diritto bancario comunitario a cura di Guido Alpa e Francesco Capriglione.
- F.MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in , 1989, I;
- F.MESSINEO, *Istituti di credito e banche di diritto pubblico*, in BBTC, 1937, I;
- F.MESSINEO, *Operazioni di banca e borsa*, 1954.
- G.MINERVINI, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in La nuova legge bancaria prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia a cura di Marielena Rispoli Farina, 1995, .
- MOTTURA e FILOTTO, *Le ragioni della biodiversità nell'industria bancaria. Stabilità, etica, risposte al mercato*, in *Bancaria*, 2010, n. 10.
- A.MONTEVERDE, La votazione dei soci dipendenti ed altre questioni, in *Giur.comm.*, 1988, II,p.1701 e ss.
- G.NAPOLITANO, *La banca centrale europea e gli interventi per la stabilizzazione finanziaria: una nuova frontiera della politica monetaria?, coautore Marino Perassi*, in Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi, a cura di G. Amato e R. Gualtieri, Passigli, 2013.
- G.NAPOLITANO, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008.
- U.NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* Vol. V, Torino, 1921.
- A.NIGRO, *Commento all'art. 45 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Roma, 1980;
- A.NIGRO, *La nuova legge bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993;
- M.NUZZO, *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa: autonomia negoziale dei privati* a cura di Pietro Sirena, 2006.
- G.OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, *Riv.Dir.Civ.*, 1959, I, pag. 402
- G.OPPO, *Quesiti in tema di trasformazione e fusione eterogenea di banche popolari*, in *Banca e Borsa*, 1992,I.
- V.ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione Amministrativa*, in *Dig. IV (DISC. PUBBL.)*, Torino, 1987, vol.II,.;
- S.ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol.II.
- V.OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Studi in memoria di V. Bachelet*, II, Milano, 1987.
- R. KOSELLECK, *Gli inizi del mondo moderno*, 1997, ed. Vita e pensiero.
- V. S. PACCHI PESUCCI, *Autotutela dell'azionista e interesse dell'organizzazione*, Milano, 1993.
- M.PALMIERI, *L'interesse sociale: dallo shareholder value alle società benefit* in *Banca Impresa Società*, 2017, fasc. 2,
- L.F.PAOLUCCI, *Codice delle cooperative*, Milano, 2007.

- E.PAPARELLA, *Il banchiere centrale in Italia e in Europa, le origini dell'autonomia e i recenti sviluppi in tempi di crisi*, in Studi in onore di Claudio Rossano, Sapienza Università di Roma. Pubblicazioni del Dipartimento di economia e diritto. Sezione di diritto dell'economia, 2013, p. 2233
- A.PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in I garanti delle regole, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996 ,p.107 ss..
- M.PELLEGRINI, *Il decreto legge 3 del 2015 un'occasione mancata per la ridefinizione della cooperazione del credito*, La riforma delle banche popolari a cura di Capriglione, 2015.
- G.PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti* , in Dir. Amm. 1996 p.1 ss
- P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, edizioni scientifiche italiane, tomo I, terza edizione, pag. 6 ss., 2010
- P.PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale, secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, tomo II, Terza edizione, 2006.
- M.PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in L'Unione bancaria europea a cura di M.P.Chiti-V.Santoro, Pisa, 2016, p.372.
- S.PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, 2016.
- G.PETRELLI, *le banche cooperative nella riforma del diritto societario*, in Studi e materiali, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2005, 1.
- B.PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2001, I
- A.PIERINI, *unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in Costituzionalismo.it, **2016**, fasc. 3.
- M.PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari* , Roma, 1997, p.13
- M.PIPITONE, *Le banche popolari dal Codice di commercio alla legislazione del 1948* , in Cred. Pop., 1996, p.83.
- M.PIPITONE, *Commento art. 29 T.u.b.*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: D.lgs 385/1993 a cura di Concetto Cost Costa*, pag. 241.
- F.POLITI, voce *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in Enc . Gur. Treccani, 2001
- A.POLSI, *Alle origini del capitalismo italiano: stato, banche e banchieri dopo l'Unità*,1993.
- I.POLLASTO, *limiti al rimborso delle azioni per i soci di banche in caso di recesso: una prima pronuncia (trib. napoli sezione spec. imprese 24 marzo 2016)*, in il nuovo diritto delle società n.7, 2016).
- M.PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, in Corr. giur., 1992;
- G.B.PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in Corr.giur, 2003.
- U.POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 1964.
- A.PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, 1997;
- A. POLICE, in *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.
- A.PREDIERI, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Passigli,1997.

- A.PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, 1998,
- A.PREDIERI, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Passigli, 1996, p.252 e ss.
- A.PREDIERI, *Schmitt un nazista senza coraggio*, tomi 1 e 2, La Nuova Italia, 1999.
- A.PREDIERI, *L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti*, Passigli editore, Firenze, 1997.
- G.PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, ;
- E.PRESUTTI, Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica, in *Giur. It.*, 1910.
- A.PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Cedam, 2008.
- G.RACUGNO, *La società cooperativa*, in *Trattato Buonocore*, IV, 9, Torino, 2006.
- E.C.RAFFIOTTA. *la banca centrale europea tra regole tecniche e vocazione politica. verso una tecnocrazia europea?*, in A. Ciancio (a cura di), *nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in europa*, 2014, pp. 619-631;
- E.C.RAFFIOTTA, *Il volto ambiguo della Banca centrale europea*, in A. Morrone (a cura di), *La Costituzione finanziaria: La decisione di bilancio dello Stato costituzionale europeo*, pp. 215-232;
- O.RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- M.RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, in *Banca e borsa*, 1994 .
- G.C.M.RIVOLTA, *La società come rapporto di durata*, Riv. Soc. 1962.
- G.ROMANO, *Dalla volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in *Ianus* n.9/2013.
- G.ROMANO, *Le Banche popolari nel Codice di commercio del 1882: consolidamento e primi sviluppi del modello*, in *Appunti di una ricerca sulle Banche popolari: storia e legislazione II*, Luiss, 2015.
- G.ROMANO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari di Santoro-Romano*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 2.
- G.ROMANO, *Recesso e limiti al rimborso delle azioni nelle banche (in specie cooperative) tra diritto societario, regole europee di capital maintenance e "principio" del bail-in*, *Rivista delle società*, 2017, n.1.
- S.ROMANO, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in *Il Filangieri*, 1898.
- R.ROMBOLI, *Problemi costituzionali della cooperazione*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1977.
- V.ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, nè compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, *Rivista di diritto civile*, 2013, n. 4, CEDAM.
- D.ROSSANO, *La trasformazione delle banche popolari e l'abbandono del c.d. voto capitario*.
- G.ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2017.
- E.RULLI, *Contributo allo studio della disciplina della risoluzione bancaria. L'armonizzazione europea del diritto delle crisi bancarie*, Giappichelli, 2017, p.193.
- G.SABBATUCCI, V.VIDOTTO *Il mondo contemporaneo. Dal 1848 a oggi*, 2008, Laterza.
- F.SACCOMANNI, *Le sfide per le banche popolari nel nuovo scenario regolamentare*, Verona 26 febbraio 2010;
- L.SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"(evoluzione, diritto vigente, tipologia sociale tra forma e sostanza di società cooperativa)*, in *Banca borsa e titoli di credito* fasc. 5/2004.

- L.SALAMONE, *Commento all'art. 2448*, in *Società di capitali*, Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli 2004, p. 1287.
- F.SALERNO, *Le modifiche dell'art. 23-quater, D.L. 179/2012 alla disciplina delle Banche popolari*, in *I battelli del Reno*, 11 ottobre 2013.
- F.SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994.
- F.SALERNO, *La dibattuta costituzionalità della riforma delle banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1, 2017.
- F.SALERNO, *Una decisione in tema di limitazione del diritto di rimborso delle azioni di banche popolari*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2017.
- F.SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.
- A.M.SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1957.
- G.SANNINO P.TARTAGLIA POLCINI in *Esercitazioni e complementi di Economia Aziendale*, Seconda edizione, Giappichelli.
- V.SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2016, fasc. 2.
- V.SANTORO-M.P.CHITI, *Unione bancaria europea*, p.16, 2016 ove nella introduzione i curatori del volume riconoscono che l'Unione Bancaria abbia dato vita ad una sorta di ordinamento giuridico sezionale.
- D.U.SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, in *Giur. comm.*, 1997, I.
- G.SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.* 1973
- M.SARNO, *Commento all'art.2532 c.c.*, in *Commentario impresa e società a cura di G.FAUCEGLIA*, 2017.
- M.SEPE, *La riforma delle Banche Popolari a cura di Francesco Capriglione*, 2015.
- P.SCHLESINGER, *Le banche cooperative*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 988 ss.
- C.SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981
- F.H.SCHULZE-DELITZSCH, *Delle unioni di credito, ossia delle banche popolari*, Venezia, 1871.
- D.SCILARI, *Costituzione ed autorità di vigilanza bancaria*, 2007.
- A.M.TARANTOLA, *Audizione del vice direttore generale della Banca d'Italia nell'ambito dei disegni di legge sulla riforma delle banche popolari*, 22 giugno 2011.
- A.M.TARANTOLA, *Le banche popolari nel confronto competitivo: vocazione territoriale e profili di governance*, Taormina 27 febbraio 2009;
- E.W. TALLMAN; J.R. MOEN, *Lessons from the Panic of 1907*, in *Federal Reserve Bank of Atlanta Economic Review*, vol. 75, 1990.
- R.TILLY, *La banca universale in una prospettiva storica: l'esperienza tedesca*, in *Banca, impresa, società*, 1990.
- R.TILLY, *Germania 1815-1870*, in R. Cameron, *Le banche e lo sviluppo del sistema industriale*, Bologna, 1975.
- R.TITOMALIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017.

- L.TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, 1992;
- L.TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione del 28 febbraio 2013 al convegno: "Le Autorità Amministrative Indipendenti Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati".
- L.TORCHIA, Gli interessi affidati alla cura delle Autorità Indipendenti, in I garanti delle regole, a cura di Cassese e Franchini, Bologna 1996.
- A.URBANI, *Brevi considerazioni in tema di scioglimento del rapporto sociale limitatamente al singolo socio nella riforma della disciplina delle banche popolari*, in La riforma delle banche popolari, a cura di F.Capriglione, Padova, 2015
- P.VERRUCOLI, voce cooperativa , in Enc. Dir. X, Milano,1962.
- voce "Banca popolare" in *Enciclopedia italiana*, Vol. VI, 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma.
- voce "Rivoluzione industriale" in *Enciclopedia italiana*, 1930, Istituto della enciclopedia italiana fondata da Giovanni Treccani, Roma
- E. VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, Vol. II, 1889,
- P.VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979.
- S.ZAMBELLI, *Basilea 2 e rating delle imprese: caratteristiche e finalità del nuovo accordo sul capitale nella valutazione del rischio di credito*, in Principi contabili internazionali e Basilea 2. L'impatto sulle PMI a cura di Giuseppe Savioli, 2008.
- R. ZANGHERI, G. GALASSO, V. CASTRONOVO, *Storia del movimento cooperativo in Italia: la Lega nazionale delle cooperative e mutue, 1886-1986*, G. Einaudi, 1987
- V.ZANONE, *Il liberismo moderno*, in L.Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche sociali*, Utet, Torino, 1989, p.225