

Pubblicato il 15/12/2016
N. 05277/2016 REG.PROV.COLL.
N. 06303/2016 REG.RIC.
N. 06424/2016 REG.RIC.
N. 06605/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 6303 del 2016, proposto da:

Vitale Marco, Ardenghi Alfredo, Ardenghi Roberto, Dono Patrizio, Pedefferri Aldo, Donzelli Paolo, Parrini Adriano, Cherubini Emilio Luigi rappresentati e difesi dagli avvocati Fausto Capelli, C.F. CPLFST36B10B201D, Francesco Saverio Marini C.F. MRNFNC73D28H501U, Ulisse Corea C.F. CROLSS69T19C352X, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via di Villa Sacchetti N. 9;, rappresentato e difeso dagli avvocati Ulisse Corea C.F. CROLSS69T19C352X, Francesco Saverio Marini C.F. MRNFNC73D28H501U, Fausto Capelli C.F. CPLFST36B10B201D, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via di Villa Sacchetti N. 9;

contro

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Donatella La Licata C.F. LLCDTL67P49G273T, Marino Ottavio Perassi C.F.

PRSMRN60B26G691X, Raffaele D'Ambrosio C.F.

DMBRFL64A04H703Q, con domicilio eletto presso Ufficio Legale Banca d'Italia in Roma, via Nazionale, 91;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Banca Popolare di Sondrio, Veneto Banca Spa, Banco Popolare Società Cooperativa, Unione di Banche Italiane Spa, Codacons, Banca Popolare di Milano non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6424 del 2016, proposto da:

Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari Finanziari Postali Assicurativi (Adusbef), Federazione Nazionale di Consumatori ed Utenti (Federconsumatori), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, Giovanni Bianchini, Elio Brusco, Alessandro Cacciavillani, Corrado Filangeri, Stefania Lassalaz, Leonida Mosca, Gianluca Omodei, Aldo Enzo Antonio Saccomani, Mendes Ramos Valente, Federico Brugnoli, Pasquale Maidecchi, Errico Polani, rappresentati e difesi dagli avvocati Federico Tedeschini C.F. TDSFRC48A24H501P, Lucio Golino C.F. GLNLCU65L04A271X, con domicilio eletto presso Studio Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

contro

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Marino Ottavio Perassi

C.F. PRSMRN60B26G691X, Raffaele D'Ambrosio C.F.
DMBRFL64A04H703Q, Donatella La Licata C.F.
LLCDTL67P49G273T, con domicilio eletto presso Ufficio
Legale Banca D'Italia in Roma, via Nazionale, 91;
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del
Consiglio dei Ministri, in persona del rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi per legge
dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via
dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Banca Popolare di Vicenza Società Cooperativa Per Azioni,
Veneto Banca Società Cooperativa Per Azioni, Unione di
Banche Italiane - Ubi Banca Società Cooperativa Per Azioni,
Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio Sc in Amministrazione
Straordinaria non costituiti in giudizio;

Codacons, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi C.F.

RNZCRL46R08H703I, Gino Giuliano C.F.

GLNGNI65A02D636M, con domicilio eletto presso Ufficio
Legale Nazionale Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini
N.73;

sul ricorso numero di registro generale 6605 del 2016, proposto
da:

Piero Sergio Lonardi, Piergiovanni Rizzo, Anna Maria
Sanchirico, Vito Morelli, Leonardo Matteo Ancona, Laura
Saurgnani, Matteo Volpi, Ennio Lanfranchi, rappresentati e
difesi dagli avvocati Mario Zanchetti C.F.

ZNCMRA62A08E625C, Maurizio Allegro Pontani C.F.
LLGMRZ72M11I138N, Antonino Restuccia C.F.
RSTNNN76A09C352U, Sergio Di Nola C.F.
DNLSRG79M26F839J, Carlo Comandé C.F.
CMNCRL73B25G273O, con domicilio eletto presso Carlo
Comandé in Roma, via Pompeo Magno N.23/A;

contro

Banca d'Italia, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Marino Ottavio Perassi
C.F. PRSMRN60B26G691X, Raffaele D'Ambrosio C.F.
DMBRFL64A04H703Q, Donatella La Licata C.F.
LLCDTL67P49G273T, con domicilio eletto presso Ufficio
Legale Banca d'Italia in Roma, via Nazionale, 91;

nei confronti di

Banca Popolare di Sondrio S.C.P.A., Banca Popolare di Milano
non costituiti in giudizio;

Codacons Coordinamento delle Associazione e dei Comitati di
Tutela dell'Ambiente e Diritti Utenti e Consumatori,
rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Rienzi C.F.

RNZCRL46R08H703I, Gino Giuliano C.F.

GLNGNI65A02D636M, con domicilio eletto presso Ufficio
Legale Nazionale Codacons in Roma, viale Giuseppe Mazzini
N.73;

per la riforma

quanto al ricorso n. 6303 del 2016:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III n.

06548/2016, resa tra le parti, concernente aggiornamento
circolare recante "disposizioni di vigilanza per le banche"

quanto al ricorso n. 6424 del 2016:
della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III n.
06544/2016, resa tra le parti, concernente modificazione al testo
unico bancario in materia di disciplina delle banche popolari
quanto al ricorso n. 6605 del 2016:
della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III n.
06540/2016, resa tra le parti, concernente modifiche al testo
unico bancario relative alla disciplina delle banche popolari

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visto l'art. 98 cod. proc. amm.;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Banca d'Italia, della
Presidenza del Consiglio dei Ministri del Ministero
dell'Economia e delle Finanze;
Visto l'atto di intervento in appello del Codacons;
Visto l'appello incidentale condizionato proposto dalla Banca
d'Italia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Vista la domanda di sospensione dell'efficacia delle sentenze del
Tribunale amministrativo regionale di reiezione dei ricorsi di
primo grado, presentate in via incidentale dalle parte appellanti;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2016 il
Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Fausto
Capelli, l'avvocato Ulisse Corea, anche per delega dell'avvocato
Federico Tedeschini, l'avvocato Donatella La Licata, l'avvocato
Raffaele D'Ambrosio, l'avvocato dello Stato Giovanna Maria
De Socio, l'avvocato Lucio Golino, l'avvocato Gino Giuliano,

l'avvocato Carlo Comandé e l'avvocato Maurizio Allegro Pontani;

1. Con tre distinti ricorsi proposti innanzi al T.a.r. Lazio, ADUSBEF (Associazione difesa utenti servizi bancari finanziari postali assicurativi), FEDERCONSUMATORI (Associazione nazionale consumatori e utenti), nonché i soci di alcune banche popolari (UBI Banca, Banca Popolare di Milano, Banca Popolare di Sondrio, Veneto Banca, Banco Popolare) hanno impugnato, chiedendone l'annullamento, gli atti emessi dalla Banca d'Italia a seguito delle modificazioni apportate all'art. 29 del Testo Unico Bancario (TUB, d.lgs. n. 385 del 1993) dall'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015, convertito con modificazioni nella legge n. 33 del 2015.

Si tratta, in particolare:

- del 9° aggiornamento del 9 giugno 2015 apportato alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (“Disposizioni di vigilanza per le banche”);
- delle “Disposizioni di vigilanza – Banche popolari” del 9 aprile 2015, che disciplinano:
 - a) le modalità di calcolo della soglia “sensibile” pari a 8 miliardi di euro di capitale sociale, da computare secondo le segnalazioni di vigilanza individuali o consolidate;
 - b) il rimborso degli strumenti di capitale al socio che ha esercitato il recesso dalla società dopo la trasformazione della Popolare in s.p.a., che può essere limitato “*anche in deroga a disposizioni di legge*”, affermando che detta facoltà deve essere contemplata nello statuto della banca ed è attribuita all'organo di

gestione, fermi i poteri autorizzativi dell'autorità di vigilanza rispetto al rimborso di fondi propri ai sensi dell'art. 77 CRR (ossia del Regolamento UE/575/2013 del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il Regolamento UE/648/2012);

- del resoconto della consultazione, pubblicato in data 11 giugno 2015;
- del documento "Analisi impatto della regolamentazione" dell'11 giugno 2015.

2. Gli atti impugnati sono stati adottati sulla base del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3 (*Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*), convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2015, n. 33, con cui il legislatore ha introdotto la riforma delle banche popolari.

2. I ricorrenti, nei giudizi di primo grado, hanno dedotto, fra gli altri motivi, che i provvedimenti impugnati sarebbero affetti da illegittimità derivata a causa dell'illegittimità costituzionale della disciplina legislativa sulla cui base essi sono stati adottati.

3. Sono stati fatti poi valere anche vizi autonomi: in particolare, nel ricorso iscritto in primo grado al n. 10463/2015 del R.G. e in appello al n. 6605/2016, i ricorrenti hanno censurato, ritenendola affetta principalmente da vizi autonomi, la disciplina introdotta con l'aggiornamento della circolare n. 285/2013 della Banca d'Italia, che a pag. II.9 afferma che "*non saranno ritenute in linea con la riforma operazioni in cui risulti la detenzione, da parte della società holding riveniente dalla ex popolare, di una maggioranza totalitaria o maggioritaria nella s.p.a. bancaria, o, comunque, tale da rendere possibile il controllo nella forma dell'influenza dominante*".

Secondo i ricorrenti, con l'impugnato aggiornamento dell'atto di

natura regolamentare, l’Autorità di regolazione avrebbe introdotto un divieto privo di base legislativa: il divieto di controllo dell’istituto bancario trasformato in società per azioni ordinaria da parte di un soggetto terzo, a sua volta controllato dai soci di una ex banca popolare nella sua versione “ante riforma”.

Nondimeno, è di palmare evidenza come la deduzione di vizi propri dell’impugnato atto di normazione secondaria rilevi esclusivamente nell’ambito del relativo scrutinio di legittimità devoluto a questo Consiglio, non avendo invece alcun ruolo rispetto alle questioni di legittimità costituzionale che il Collegio solleva con la presente ordinanza (le sole che qui interessano, le quali perciò esauriscono l’oggetto della fase incidentale che si svolgerà davanti alla Corte costituzionale).

4. Con le sentenze di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. Lazio ha:

- escluso la legittimazione al ricorso di ADUSBEP

(Associazione difesa utenti servizi bancari finanziari postali assicurativi) e di FEDERCONSUMATORI;

- escluso la legittimazione all’intervento in giudizio del Codacons;

- respinto nel merito (dopo averne affermato la legittimazione) i ricorsi proposti *uti singuli* dai soci delle banche popolari.

Al rigetto dei ricorsi nel merito il T.a.r. è giunto ritenendo manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai ricorrenti.

5. Per ottenere la riforma di dette pronunce hanno proposto appello gli originari ricorrenti soccombenti in primo grado, formulando anche istanza cautelare per la sospensione degli

effetti delle sentenze e, con esse, dei provvedimenti impugnati in primo grado.

6. Si è costituita per resistere all'appello la Banca d'Italia, la quale ha anche riproposto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse degli originari ricorrenti (riproposizione avvenuta nel giudizio R.G. n. 6605/2016 attraverso la proposizione di appello incidentale condizionato; negli altri due giudizi con semplice memoria, alla luce del fatto che in questi due casi in primo grado il T.a.r. ha dichiarato di non esaminare l'eccezione di rito, stante l'infondatezza nel merito del ricorso).

7. Nei giudizi R.G. n. 6303/2016 e n.6424/2016 si è costituita in giudizio per resistere agli appelli, anche la Presidenza del Consiglio di Ministri.

8. Il Codacons ha proposto intervento in appello *ad adiuvandum*, concludendo per l'accoglimento dei ricorsi.

9. All'esito della camera di consiglio del 1° dicembre 2016, fissata per la decisione sull'istanza incidentale di sospensione delle sentenze appellate, questo Consiglio, all'esito e nei limiti di quella *summaria cognitio* che è tipicamente propria della fase cautelare, con separata ordinanza cautelare 2 dicembre 2016, n. 5383 – alla quale, per quanto occorra, si fa rinvio recettizio e che va perciò intesa come qui integralmente ripetuta e trascritta – ha:

- disposto la riunione degli appelli, stante l'evidente connessione oggettiva e, parzialmente, soggettiva;
- ritenuto sussistente la legittimazione e l'interesse al ricorso rispetto ai soci (rispettivamente del Banco Popolare, della Banca Popolare di Sondrio, della Banca Popolare di Milano e dell'UBI

– Unione Banche Italiane), in quanto i provvedimenti impugnati (e la disciplina legislativa sulla cui base sono stati adottati) incidono direttamente su prerogative relative allo *status* di socio della banca popolare, così presentando profili di immediata lesività;

- ritenuto che, con riferimento al ricorso R.G. n. 6424/2016, non appare supportata da adeguati profili di *fumus boni iuris* e di *periculum in mora* la confutazione dell'affermazione resa dal primo giudice in punto di insussistenza della legittimazione dell'Associazione Difesa Utenti Servizi Bancari Finanziari Postali Assicurativi (Adusbef) e della Federazione Nazionale di Consumatori ed Utenti (Federconsumatori), anche in considerazione del fatto che allo stato non emergono, e comunque non sono specificatamente dedotti, effetti concretamente pregiudizievoli per l'interesse collettivo dei consumatori;

- ritenuto che l'intervento in appello del Codacons può – in esito alla sommaria delibazione tipica della fase cautelare – ritenersi verosimilmente precluso dal giudicato parziale formatosi sulle sentenze appellate, che hanno già dichiarato inammissibile l'intervento spiegato in primo grado e che, in tale parte, non risultano essere stata appellata;

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

a) nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della

banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e con previsione di un interesse corrispettivo;

b) nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito “*anche in deroga a norme di legge*”, con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti verosimilmente coperti da riserva di legge;

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

- ritenuto, inoltre, che la circolare della Banca d'Italia n. 285 del

17 dicembre 2013 – 9° aggiornamento del 9 giugno 2015, appare affetta – almeno a livello di *fumus boni iuris* – anche da ulteriori vizi propri – che peraltro, come si è già anticipato, non rilevano rispetto all’odierna apertura di una questione incidentale di legittimità costituzionale – laddove:

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

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

C) dispone che “*non saranno ritenute in linea con la riforma operazioni da cui risulti la detenzione, da parte della società holding riveniente dalla ex “popolare”, di una partecipazione totalitaria o maggioritaria nella s.p.a. bancaria o, comunque, tale da rendere possibile l’esercizio del controllo nella forma dell’influenza dominante*”, atteso che la predetta limitazione risulta priva di base legislativa e appare, oltre che non necessaria per realizzare le finalità della riforma, foriera di un’irragionevole disparità di trattamento tra i soci delle ex popolari (privati della possibilità di esercitare il controllo) e ogni altro soggetto che partecipi al capitale azionario (cui, invece, tale possibilità resta

riconosciuta);

10. Sulla base di tale motivazione, quindi, il Collegio ha in parte accolto interinalmente – ossia nelle more della decisione sulla questione di legittimità costituzionalità che si solleva con la presente ordinanza – l’istanza cautelare e, per l’effetto, ha sospeso parzialmente, con le sentenze appellate, l’efficacia dell’impugnata circolare della Banca d’Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 – (Fascicolo “Disposizioni di Vigilanza per le banche”), 9° aggiornamento del giugno 2015, relativamente alle seguenti parti:

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

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

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

11. L’ordinanza cautelare resa interinalmente ha rinviato per l’ulteriore trattazione della fase cautelare incidentale – ossia per la definizione di detta fase – ad una camera di consiglio da fissarsi all’esito della pronuncia della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate con la presente

ordinanza.

Al fine di conciliare il carattere accentrato del sindacato di costituzionalità con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 24 e 113 Cost.; art. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali), questo Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 5383/2016, ha, pertanto, concesso una misura cautelare "interinale", fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti da parte della Corte costituzionale.

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

14. Con riferimento al requisito della rilevanza si osserva che la disposizione citata è certamente applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio.

15. I provvedimenti impugnati – in particolare il 9° aggiornamento del 9 giugno 2015 apportato alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 ("*Disposizioni di vigilanza per le banche*") – derivano dall'esercizio del potere attuativo attribuito alla Banca d'Italia dal comma 2-*quater* del nuovo art. 29 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.) (quale introdotto dall'articolo 1 del citato d.l. n. 3 del 2015).

I ricorrenti, inoltre, deducono l'illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati lamentando, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale della normativa primaria sulla cui

base essi sono stati adottati.

La questione di costituzionalità dell'art. 1 d.l. n. 3 del 2015 (sotto i profili che si andranno ad evidenziare) è, dunque, pregiudiziale rispetto alla decisione definitiva sulle istanze cautelari, risultando l'esito di queste ultime strettamente dipendenti dall'esito del giudizio di costituzionalità.

16. Né la rilevanza della questione può essere esclusa dalla natura cautelare del giudizio nell'ambito del quale la questione di costituzionalità viene sollevata.

Il problema dei rapporti tra incidente di legittimità costituzionale e giudizio cautelare è oggetto di una significativa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Sul punto, la Corte costituzionale è costante nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale, per difetto di rilevanza, qualora essa venga sollevata dopo l'adozione del definitivo provvedimento cautelare.

Si afferma che, in tal caso, la rimessione alla Corte è tardiva in relazione al giudizio cautelare, ormai concluso, e prematura in relazione al giudizio di merito, in ordine al quale, il Collegio, in mancanza della fissazione della relativa udienza di discussione, è privo di potere decisorio.

Per evitare, tuttavia, che la legge sospettata di incostituzionalità possa precludere definitivamente la tutela cautelare mortificando le esigenze di tutela immediata (e temporalmente continua) ad essa sottese – il che si tradurrebbe in una palese violazione di fondamentali principi costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.), o sovranazionali (art. 6 e 13 CEDU) – la giurisprudenza, nel tentativo di conciliare il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi con i principi di effettività e di

continuità della tutela giurisdizionale, anche cautelare, ha sperimentato due soluzioni.

La prima è consistita nel concedere la sospensiva, disapplicando dunque provvisoriamente la legge sospettata di incostituzionalità, ma rinviando al giudizio di merito la rimessione della questione di legittimità costituzionale (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., ordinanza 20 dicembre 1999, n. 2; Cons. Giust. Amm., ordinanza 20 giugno 2001, n. 458).

La seconda consiste, invece, nella scomposizione del giudizio cautelare in due fasi: nella prima fase si accoglie la domanda cautelare “*a termine*”, ossia soltanto fino alla decisione della questione di costituzionalità contestualmente sollevata; nella seconda fase, da differirsi all’esito del giudizio di costituzionalità, si decide “definitivamente” sulla domanda cautelare, tenendo conto, per valutare la sussistenza del *fumus boni iuris*, della decisione della Corte costituzionale.

Tra le due soluzioni possibili, il Collegio – con la giurisprudenza ormai del tutto prevalente – ritiene preferibile la seconda, perché è quella che meno si allontana dai principi su cui si fonda il nostro sistema di giustizia costituzionale: essa evita, infatti, che il giudice *a quo* possa disapplicare “definitivamente” la legge, sottraendosi contestualmente anche all’obbligo, di cui all’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, di sollevare la questione di costituzionalità.

Tale opzione ha trovato l’avallo della Corte costituzionale, la quale, con riferimento a questioni di legittimità sollevate in sede cautelare, ha costantemente osservato che la *potestas iudicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare, come nella specie, è fondata, quanto al *fumus boni iuris*,

sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, dovendosi, in tal caso, la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenersi di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*: le sentenze n. 444 del 1990; n. 367 del 1991; n. 30 e n. 359 del 1995; n. 183 del 1997; n. 4 del 2000; le ordinanze n. 24 del 1995; n. 194 del 2006; n. 83 del 2013; n. 200 del 2014; nonché, da ultimo, la sentenza n. 133 del 2016 e, ivi, in particolare il § n. 3.3. della relativa motivazione).

17. Sempre in ordine alla rilevanza della questione, si osserva che nel caso di specie (come già evidenziato nell'ordinanza cautelare 2 dicembre 2016, n. 5383), il requisito del *periculum in mora* ha meritato positivo apprezzamento.

È evidente, infatti, che il tempo necessario per la decisione del ricorso nel merito (vieppiù ove si tenga nel debito conto quello occorrente per il giudizio incidentale di costituzionalità) potrebbe arrecare ai ricorrenti (i soci delle banche popolari interessati dalla riforma) un pregiudizio grave e irreparabile, sotto diversi profili.

17.1. In primo luogo, il *periculum in mora* sussiste per i ricorrenti soci di banche popolari (come la Banca popolare di Sondrio) che, alla data di pubblicazione della presente ordinanza, non hanno ancora adottato le decisioni imposte dalla legge in conseguenza del superamento della soglia degli otto miliardi di attivo (patrimoniale) e che, quindi, non hanno ancora effettuato la scelta tra le tre opzioni previste dal legislatore: trasformazione, liquidazione oppure riduzione dell'attivo.

Per tale gruppo di ricorrenti, in procinto di votare in seno

all'assemblea l'eventuale trasformazione in s.p.a. della banca popolare, la disciplina in esame incide immediatamente sulla libertà negoziale, che si esercita anche attraverso l'espressione del voto in assemblea (nella necessaria consapevolezza delle sue conseguenze sul patrimonio giuridico del socio).

Risulta, infatti, del tutto evidente il pregiudizio, attuale e concreto, che deriva, già ai fini della formazione della propria volontà negoziale in sede di espressione del suddetto voto, dall'eventualità di vedersi escluso il diritto al rimborso in caso di recesso conseguente alla trasformazione.

Tale pericolo si coglie anche sotto un diverso profilo, che evidenzia ulteriormente la posizione di immediato pregiudizio in cui vengono a trovarsi i soci delle banche popolari.

La disciplina censurata, infatti, crea in seno all'assemblea un immediato ed evidente conflitto di interessi tra i soci che scelgono di continuare l'impresa bancaria nella nuova forma societaria imposta dal legislatore e coloro che, invece, preferiscono la liquidazione della propria quota.

La posizione di questi ultimi risulta immediatamente pregiudicata dalla possibilità che la disciplina censurata offre ora all'assemblea (e, dunque, alla maggioranza dei soci) non solo di decidere la trasformazione (e, quindi, la continuazione dell'impresa bancaria nella nuova forma della società per azioni), ma di adottare tale decisione potendo fare affidamento anche su quella parte di capitale rappresentato dalle quote dei soci recedenti escluse dal rimborso.

In termini tanto semplici, quanto chiari, la legge vigente sembra consentire ai soci che optino per la trasformazione di finanziare quest'ultima (cioè la prosecuzione della propria attività

imprenditoriale) anche con le risorse economiche di quelli che vorrebbero recedere: ossia, in ultima analisi, con poste patrimoniali (denaro) degli altri soci.

Neppure si può escludere che tale possibilità dispieghi un'incidenza, evidentemente distorsiva, sulla stessa valutazione assembleare di convenienza a compiere l'una piuttosto che l'altra delle scelte consentite dalla legge; giacché quella per la trasformazione potrebbe consentire di convogliare nel patrimonio sociale di chi l'abbia votata tutte o parte delle risorse che spetterebbero ai soci che avrebbero voluto recedere.

17.2. Anche per i soci delle banche popolari che al momento della presente ordinanza hanno già adottato la delibera di trasformazione, sussistono profili di *periculum in mora*, che rendono la questione di legittimità costituzionale rilevante già ai fini della decisione dell'istanza cautelare (di sospensione dell'efficacia esecutiva delle sentenze appellate e, con essa, degli atti impugnati in primo grado).

La deliberata trasformazione, invero, non fa venire meno la possibilità di esercitare il diritto recesso (concretizzandone, anzi, il presupposto): rispetto alla scelta di recedere in conseguenza della trasformazione, tuttavia, la previsione normativa oggetto di censura causa un pregiudizio immediato, perché la prevista possibilità che il rimborso sia escluso (o differito senza limiti di tempo, il che da un punto di vista sostanziale è la stessa cosa) incide immediatamente sulla libertà di autodeterminazione negoziale del socio, rendendola non più libera, ma condizionata dal concreto pericolo di non avere il rimborso della quota.

17.3. Sempre in punto di rilevanza risulta, in ogni caso, di per sé dirimente la considerazione che la presente questione di

costituzionalità viene sollevata nell'ambito di un'istanza cautelare incidentale ad un appello avverso sentenza.

Ciò implica che, ai sensi degli articoli 60 e 98, comma 2, c.p.a., il Collegio, in sede di decisione definitiva sulla domanda cautelare – ossia alla prossima udienza camerale che, come stabilito nella cit. ord. n. 5383/2016, sarà fissata in esito alla definizione della presente questione di legittimità costituzionale – possa definire, in camera di consiglio, il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata.

A ben vedere, infatti, il potere di definire il merito della causa con sentenza in forma semplificata già in sede cautelare rende, per ciò solo, rilevante, anche a prescindere dalle considerazioni svolte in ordine al *periculum in mora*, la questione di costituzionalità che in questa sede si solleva.

La possibilità di definire il merito (che la legge attribuisce al Collegio, il quale si riserva di svolgere tale valutazione all'esito della pronuncia della Corte costituzionale che qui si richiede) sarebbe, invero, radicalmente preclusa se non venissero sin d'ora esaminati i dubbi di legittimità costituzionale relativi alla disciplina legislativa sulla cui base sono stati adottati i provvedimenti impugnati.

18. La questione di costituzionalità, oltre che rilevante, risulta anche non manifestamente infondata.

19. I passi salienti della riforma delle Banche popolari introdotta dall'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015, per quanto qui interessa, sono costituiti dalle disposizioni di seguito riportate:

“1. Al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 28, dopo il comma 2-bis, è aggiunto il seguente:
«2-ter. Nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla 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.»;

b) all'articolo 29:

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

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

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

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

(Omissis)

2. In sede di prima applicazione del presente decreto, le banche popolari autorizzate al momento della relativa entrata in vigore 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. (Omissis).

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

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

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

I. Violazione dell'art. 77 Cost. per carenza dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto legge, che sarebbe palesata dalla natura di riforma ordinamentale e di sistema della nuova normativa, nonché dal fatto che, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 15 comma III L. n. 400 del 1988, la norma non conterrebbe disposizioni di immediata applicazione, prevedendo, invece, che la disciplina di dettaglio sia fissata da

provvedimenti della Banca d'Italia. Inoltre, le disposizioni in parola si inscrivono in un decreto legge che regola materie eterogenee tra di loro, non riconducibili, in tesi, a matrice razionalmente unitaria.

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

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

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

- b) violazione del principio di legalità, inteso, come fa la CEDU, nel senso dell'esistenza di una norma di legge sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile alla base dell'intervento, che avrebbe natura sostanzialmente espropriativa;
- c) insussistenza di una causa di pubblica utilità dell'intervento espropriativo, prevista dall'art. 1 del I Protocollo addizionale CEDU, anche perché sarebbe infondato, e comunque contestato in dottrina, il noto assunto – da cui muove la riforma – secondo cui oggi le banche popolari non avrebbero più sostanza di cooperative, conservandone solo la forma societaria, e che le banche a voto capitario si produrrebbero in performances peggiori di quelle organizzate secondo lo schema ordinario di società per azioni;
- d) violazione del principio di proporzionalità e di quello di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost., con il connesso diritto di auto-organizzazione dei singoli, anche in forma cooperativa (art. 45 Cost.);
- e) indeterminatezza della delega conferita alla Banca d'Italia e della limitazione del diritto al rimborso per i recedenti, con conseguente sproporzione e mancanza di equilibrio tra pubblico interesse ed esigenze del singolo;
- f) incompatibilità con gli articoli 16 e 17 della Carta dei Diritti fondamentali della UE (Carta di Nizza), ancora con riferimento alla limitazione *sine die* (o addirittura all'esclusione) del rimborso delle quote in caso di recesso, senza che ve ne sia ragione di pubblico interesse;
- g) lesione dell'art. 41 Cost. e della libertà di iniziativa economica, sempre in relazione alla indeterminatezza dei poteri regolamentari della Banca d'Italia in materia;

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

IV. Violazione degli articoli 3, 41, 45 Cost. *sub specie* di irragionevolezza della soglia individuata dal legislatore per imporre la trasformazione in s.p.a., pari a 8 miliardi di euro;

V. Violazione degli articoli 3 e 41 Cost. per disparità di trattamento tra le banche popolari cooperative e tutte le altre cooperative, le quali ultime non incorrono in limiti di contenimento dell'attivo, ed inoltre:

i) tra soci di banche popolari “sopra soglia” e soci di banche popolari “sotto soglia” (i quali subirebbero un “annacquamento” della propria partecipazione e l’azzeramento del relativo valore);

ii) tra soci di banche popolari che dovranno trasformarsi in s.p.a. e soci di altre s.p.a. (i quali possono deliberare *quorum* più elevati in caso di trasformazione, facendo salvo comunque l’integrale rimborso della quota al socio recedente);

iii) tra soci di banche popolari che dovranno trasformarsi e soci di altre cooperative non a mutualità prevalente (che possono deliberare la trasformazione solo con i più elevati *quorum* di cui all'art. 2545-decies c.c.).

VI. Violazione dell'art. 3 della Costituzione per violazione del principio di eguaglianza e della riserva di legge, in relazione alla

limitazione del diritto di rimborso in caso di recesso, in cui incorrerebbe il nuovo articolo 28 comma 2-ter del TUB, anche nella parte in cui non differenzia la posizione assunta dal socio che recede a seguito di trasformazione rispetto a quella del socio che si avvale del diritto di ordinario recesso, non connesso all'ipotesi di trasformazione da banca popolare a s.p.a. bancaria;

VII. Violazione dell'art. 23 Cost., sempre in relazione alla limitazione del diritto al rimborso in caso di recesso, che costituirebbe una prestazione patrimoniale imposta, e che, come tale, soggiacerebbe a riserva di legge relativa, e che dunque non sopporterebbe un potere amministrativo di fissazione o di delegazione normativa "in bianco" (nella specie, alla Banca d'Italia);

VIII. Violazione dell'art. 117, comma II, lettere d) e l) e comma III, e del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost., in quanto la riforma in questione non involgerebbe soltanto la materia di potestà legislativa statale in materia di ordinamento civile e tutela del risparmio, bensì anche quella, di legislazione concorrente, delle casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale, che ricorre in caso di ubicazione territoriale specifica e degli interessi locali perseguiti;

IX. Violazione dell'art. 118, comma IV, Cost., in combinato disposto con gli articoli 2, 18, 41, 45 e 47 Cost., violazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto sia la comparazione che il risparmio sono riconosciuti e tutelati dalla Repubblica nel suo insieme (e dunque anche da Regioni, Province, Comuni), e non solo dallo Stato; inoltre, sarebbero valori che, per regolare fenomeni connotati da spontaneismo sociale, intersecherebbero altre libertà costituzionali, quali quella

di associazione e di iniziativa economica, e, in definitiva, di auto-organizzazione.

23. Il Collegio ritiene che solo alcuni dei dubbi di legittimità costituzionale prospettati dai ricorrenti siano manifestamente infondati.

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

Sul punto l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale è stata complessa e articolata.

L'indirizzo più risalente negava la sindacabilità di ogni vizio proprio del decreto-legge a seguito della legge di conversione, facendo leva sulla configurazione di quest'ultima come forma di novazione (Corte cost. n. 108 del 1986, n. 243 del 1987, nn. 808, 810, 1033, 1035 e 1060 del 1988, n. 263 del 1994).

Un mutamento si è avuto con la sentenza n. 29 del 1995, con la quale la Corte costituzionale, dichiarando di non condividere il proprio precedente indirizzo, ha per la prima volta escluso l'efficacia sanante della legge di conversione.

Nella citata sentenza n. 29 del 1995, la Corte ha affermando che ai sensi dell'art. 77 Cost., *“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". Pertanto, prosegue la sentenza in esame, "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".

Tale nuovo orientamento è stato successivamente ribadito sia rispetto a decreti-legge ancora in corso di conversione (cfr. sent. n. 161 del 1995 e n. 270 del 1996) sia rispetto a decreti-legge convertiti in legge (cfr. sent. n. 330 del 1996), mentre è stato escluso rispetto a disposizioni aggiunte in sede di conversione (cfr. sent. n. 391 del 1995) e rispetto a disposizioni di "sanatoria", che si limitano a far salvi gli effetti di decreti non convertiti (cfr. sent. n. 84 del 1996).

Un ulteriore mutamento rispetto alla questione dell'eventuale efficacia sanante da riconoscere alla legge di conversione si è avuto, tuttavia, con la sentenza n. 360 del 1996, nella quale la Corte costituzionale, occupandosi del c.d. vizio di reiterazione, se, da un lato, ha affermato "*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”, dall’altro lato, ha, tuttavia, 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”.

Il contrasto interpretativo venuto così a delinearsi, in seguito alla sentenza n. 360 del 1996, in ordine alla questione dell’efficacia sanante da riconoscere alla legge di conversione del decreto-legge, è stato negli anni immediatamente successivi composto dalla Corte costituzionale attraverso la distinzione tra il c.d. vizio di reiterazione ed il vizio di carenza dei presupposti di necessità e di urgenza.

In particolare, la sentenza n. 398 del 1998 – esplicitando alcuni *obiter dicta* già contenuti in precedenti decisioni (cfr. ordd. n. 432 del 1996 e n. 90 del 1997 e n. 194 del 1998) – ha distinto espressamente tra la censura per carenza dei presupposti (che viene esaminata pur trattandosi di decreti-legge convertiti) e quella per vizio da reiterazione (che viene invece rigettata proprio in quanto i decreti-legge in questione sono stati convertiti).

Con riferimento al vizio dei presupposti, la Corte costituzionale ne ribadisce la rilevabilità in sede di giudizio di costituzionalità, a prescindere dalla conversione, solo nei casi di “*evidente mancanza*”, cioè quando “*essa appaia chiara e manifesta perché solo in questo caso il sindacato di legittimità della Corte non rischia di sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica riservata al Parlamento*”.

Tale distinzione, ai fini della trasmissibilità alla legge di

conversione, tra vizio di reiterazione e carenza dei presupposti ha trovato anche l'avallo di una parte della dottrina, la quale ha osservato come il primo sia meno "grave" riguardando solo una modalità di esercizio di un potere legittimamente attivato; il secondo molto di più, attagliandosi ad una vera e propria carenza di potere, non potendosi neanche attivare il potere di cui all'art. 77 Cost. in assenza dei presupposti.

Alla sentenza n. 398 del 1998, tuttavia, hanno fatto seguito una serie di pronunce che hanno ora negato e ora ammesso la possibilità del controllo dei presupposti del decreto-legge dopo la conversione in legge, facendo nuovamente riemergere il classico argomento della efficacia sanante della conversione (cfr. sent. n. 419 del 2000; n. 376 del 2001; e n. 16 e 29 del 2002).

Poi questa fase di incertezza è stata nuovamente superata, riaffermandosi la 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 (cfr. sent. n. 341 del 2003; nn. 6 e 178, 196, 285 e 299 del 2004; nn. 2, 62 e 272 del 2005), fino ad arrivare alla sentenza n. 171 del 2007, che, per la prima volta, ha dichiarato 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.

Nella sentenza n. 171 del 2007, la Corte ha ribadito chiaramente che la conversione non sana i vizi propri del decreto.

Ricordate le oscillazioni sul punto, il giudice costituzionale ha ritenuto di aderire all'orientamento contrario a quello più risalente, per due ordini di ragioni: a) innanzitutto in quanto il

corretto assetto dell'impianto delle fonti *“è anche funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Affermare che la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto significherebbe attribuire in concreto al legislatore ordinario il potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie”*; b) in secondo luogo per il particolare legame tra decreto e legge di conversione, per cui in sede di conversione *“Il Parlamento si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge”* (§ 5 del *“Considerato in diritto”*).

L'orientamento del giudice costituzionale, teso a controllare direttamente i presupposti del decreto-legge nonostante l'intervento della legge di conversione, è stato ribadito nelle sentenze n. 128 del 2008 e n. 222 del 2013, che pure hanno ritenuto (non solo ammissibile ma anche) fondata la questione dell'evidente mancanza dei presupposti di cui all'art. 77, comma 2, Cost..

Negli ultimi anni, un ulteriore rafforzamento del sindacato di costituzionalità esercitabile sulla legge di conversione, si è avuto con le sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014, in cui la Corte, pur senza occuparsi direttamente della carenza dei presupposti di necessità e di urgenza, ha circoscritto i limiti dell'emendabilità del decreto legge in sede di conversione, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle c.d. norme eterogenee (prive di qualsivoglia legame con la *ratio* del decreto-legge originario e, quindi, con i suoi presupposti) introdotte in sede di conversione.

Secondo la Corte costituzionale, invero, *«l'innesto nell'iter di conversione dell'ordinaria funzione legislativa può certamente essere effettuato, per ragioni di economia procedimentale, a patto di non spezzare il legame essenziale tra decretazione d'urgenza e potere di conversione; se»* però *«tale legame viene interrotto, la violazione dell'art. 77, co. 2, Cost., non deriva dalla mancanza dei presupposti di necessità e urgenza per le norme eterogenee aggiunte, che, proprio per essere estranee e inserite successivamente, non possono collegarsi a tali condizioni preliminari (sentenza n. 355 del 2010), ma per l'uso improprio, da parte del Parlamento, di un potere che la Costituzione gli attribuisce, con speciali modalità di procedura, allo scopo tipico di convertire, o non, in legge un decreto-legge»* (§ 4.2 del Considerato in diritto della sentenza n. 22 del 2012).

Alla luce del quadro giurisprudenziale appena delineato, la questione di costituzionalità dell'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015 per la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., in relazione alla carenza dei presupposti di necessità e di urgenza non appare manifestamente infondata.

Si premette che, ad avviso di questo Collegio, potrebbe tuttora ritenersi meritevole di positiva considerazione (se non addirittura preferibile) la tesi (in diverse occasioni, come si è visto, accolta, specie in passato, dalla Corte costituzionale) secondo cui la conversione in legge da parte del Parlamento abbia l'effetto di sanare – sia pure solo *ex nunc*, e non già *ex tunc* (profilo, quest'ultimo, forse non del tutto compiutamente sviscerato dalla citata giurisprudenza della Corte costituzionale) – l'eventuale assenza dei presupposti per la decretazione d'urgenza.

Ciò essenzialmente in quanto, a partire dalla promulgazione

della legge di conversione (ma non prima di essa), la normazione decretale potrebbe considerarsi recepita ad ogni effetto dalla (o nella) legge di conversione che, sebbene soggetta a un più veloce *iter* di approvazione da parte del Parlamento, sembra essere comunque fonte primaria completamente imputabile a tale Organo costituzionale, che costituisce il principale centro di esercizio della Sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost..

Ciò sembrerebbe valere quantomeno in quei casi, come quello oggetto del presente giudizio, in cui la riserva di legge prevista dalla Costituzione richiede solo la legge in senso sostanziale e non esige anche (come invece, secondo parte della dottrina, accadrebbe in altre materie, ad esempio in quella penale) che la legge sia approvata attraverso un procedimento di formazione “ordinario-parlamentare”, in grado cioè di offrire le maggiori garanzie, legate essenzialmente alle più ampia possibilità di confronto dialettico tra maggioranza e minoranza, che risultano, al contrario, in qualche misura potenzialmente compromesse dalla procedura, “speciale” e contingentata nei tempi, prevista per l'approvazione della legge di conversione del decreto legge.

Al contrario, nei casi in cui la Costituzione non dà rilevanza, nemmeno implicitamente, al modo in cui la legge si forma, la circostanza che essa sia approvata utilizzando impropriamente la speciale procedura prevista per la conversione del decreto legge, sembrerebbe – sempre ad avviso di questo Collegio – perdere pressoché ogni rilievo nel momento stesso in cui il Parlamento, nell'esercizio della sua sovranità, fa proprio, sia pure in questo caso soltanto con efficacia *ex nunc*, l'atto avente forza di legge che era stato adottato dal Governo in assenza dei presupposti di

necessità ed urgenza.

La tesi dell'efficacia sanante con effetto *ex nunc* – ferma restando perciò l'originaria illegittimità della previsione recata dal decreto-legge per tutto il periodo di sua vigenza anteriore alla conversione in legge – toglierebbe peraltro ogni perdurante rilevanza, nel caso in esame, alla questione di costituzionalità, che pur si potrebbe formalmente porre con riguardo al solo periodo di vigenza del decreto anteriore all'approvazione della legge di conversione, atteso che nel caso di specie i provvedimenti impugnati si collocano in un ambito temporale successivo alla conversione in legge del decreto n. 3 del 2015 (conversione avvenuta con la legge 24 marzo 2015, n. 33); sicché è evidente che la lesione degli interessi dei ricorrenti si sia verificata interamente in epoca successiva a tale conversione.

Nondimeno – giacché non spetta certamente a questo Giudice remittente sovrapporre la propria visione culturale e dogmatica a quella difforme che si è visto essere stata espressa in varie occasioni anche assai recenti (sebbene non sempre) dalla Corte costituzionale – si deve necessariamente convenire che la questione di legittimità costituzionale di cui si sta adesso trattando non possa dichiararsi manifestamente infondata.

E ciò anche perché, nella specie, sembrerebbero sussistere adeguati indicatori da cui potrebbe evincersi la “manifesta insussistenza” dei presupposti di necessità e urgenza della riforma di cui trattasi, avuto il debito riguardo alle modalità anche temporali con cui essa è stata introdotta e portata a regime.

Non può infatti pretermettersi di considerare che i presupposti di necessità e di urgenza appaiono in particolare contraddetti

dalla circostanza che il decreto introduce norme in gran parte non auto-applicative, che richiedono ulteriori misura attuative, demandate nella specie alla Banca d'Italia, per la concreta determinazione del proprio contenuto precettivo. E, sotto tale profilo, ben più di un significativo indizio della carenza dei citati presupposti è fornito dallo stesso art. 1, comma 2, del d.l. n. 3 del 2015, il quale prevede, appunto, 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”*.

Non si può sotto tale profilo non evocare 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”*, che, pur non avendo sul piano formale rango costituzionale, esprime ed esplicita ciò che deve ritenersi intrinseco alla natura stessa del decreto-legge (in questi termini cfr. Corte cost. 22/2012 e n. 220/2013).

Né la Relazione illustrativa vale a fugare i dubbi circa la evidente mancanza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza. In base alla Relazione illustrativa, l'importanza di intervenire con urgenza si fonderebbe *“sui reiterati interventi al riguardo svolti dal 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 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”. Si richiamano, in particolare, i risultati delle analisi effettuate dal Fondo monetario internazionale in occasione del *Financial Sector Assessment Program* e quelli dell’esercizio di valutazione approfondita condotto dalla BCE i quali mostrano che la solidità delle banche dipende ampiamente dalla qualità del governo societario.

Osserva, tuttavia, il Collegio come i rischi richiamati a fondamento dell’urgenza appaiono, allo stato, non attuali e concreti, ma meramente potenziali.

Non risultano, infatti – e, comunque, non sono specificamente allegate o richiamate – concrete contingenze tali da rendere attuale ed imminente il pericolo che le banche popolari interessate dalla riforma si trovassero, nella contingenza, concretamente ed immediatamente esposte ai suddetti pericoli.

Nel dettaglio, ripercorrendo le motivazioni della Relazione illustrativa, non risulta che vi siano attualmente (*rectius*: che vi fossero all’atto dell’emanazione del decreto-legge) gravi e straordinarie situazioni di concentrazione di potere in capo a gruppi organizzati di soci, né forme allarmanti di autoreferenzialità della dirigenza, né straordinarie difficoltà patrimoniali o di reperimento di capitale.

Non sembra, in altri termini, che le ragioni richiamate per giustificare l’utilizzo dello strumento del decreto-legge trovino (*rectius*: trovassero) riscontro concreto in circostanze straordinarie tali da giustificare l’urgenza dell’intervento

normativo.

La sussistenza dell'urgenza risulta, del resto, ulteriormente smentita dalla considerazione che la materia disciplinata dall'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015 (la riforma strutturale delle banche popolari) è da lungo tempo al centro di un ampio dibattito che ha visto intervenire anche le Istituzioni dell'Unione Europea ed alcune Organizzazioni internazionali (F.M.I. e O.C.S.E.).

Si tratta, quindi, di un intervento normativo che, similmente a quanto accaduto in altri casi in cui la Corte costituzionale ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost. (cfr., in particolare, Corte cost. n. 220 del 2013), dà vita ad una riforma sistematica ed ordinamentale (in questo caso la trasformazione radicale dell'intero sistema delle banche popolari), intervenendo su un tema su cui da tempo è aperto un ampio dibattito, nelle sedi politiche e dottrinali, e che non nasce, nella sua interezza e complessità, da un "*caso straordinario di necessità e d'urgenza*".

Non valgono, quindi, a superare i dubbi di costituzionalità relativi alla carenza (che nel caso di specie può ritenersi evidente) dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza le pur richiamate esigenze di tutela della concorrenza, di consolidamento patrimoniale delle banche e di finanziamento del sistema economico, perché il decreto-legge, come affermato dalla Corte costituzionale, come strumento non è 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' (Corte cost. n. 220 del 2013).

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

È di piena evidenza come tale questione, ove giudicata fondata, sarebbe, invero, di per sé dirimente, nel giudizio di costituzionalità, in quanto il suo eventuale accoglimento avrebbe l'effetto di assorbire le ulteriori questioni di legittimità sul “merito” della legge, che verranno sollevate *infra*.

25. Risulta invece manifestamente infondato il dubbio di costituzionalità che attiene alla scelta del legislatore di prevedere l'incompatibilità, per le banche popolari, della forma della società cooperativa in caso di superamento del limite degli otto miliardi di euro di attivo (con conseguente obbligo, in caso di superamento, di optare per una tra le seguenti alternative:

trasformazione in società per azioni; liquidazione della società; riduzione dell'attivo al di sotto degli otto miliardi di euro).

L'individuazione delle forme giuridiche nelle quali un ordinamento ritiene che vada necessariamente esercitata l'impresa bancaria rientra, infatti, nella discrezionalità del legislatore, insindacabile in sede di legittimità, se non a fronte di profili di macroscopica irragionevolezza, indizianti di un eccesso di potere legislativo: profili che nella specie, tuttavia, non si ravvisano.

26. Discorso assolutamente analogo vale per la soglia degli otto miliardi di euro, la fissazione della quale, sebbene inferiore alla soglia dei trenta miliardi utilizzata ad altri fini dal diritto dell'Unione europea (tale è il criterio utilizzato per identificare le banche "significative" assoggettate alla vigilanza della Banca centrale europea nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico), rientra nella discrezionalità del legislatore e non presenta profili di manifesta irragionevolezza.

27. Il Collegio – nei limiti di quanto in questa sede devoluto alla propria competenza, e dunque senza voler incidere in alcun modo sulle già pendenti questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale dalla Regione Lombardia, di cui si dirà oltre – ritiene manifestamente infondati anche i dubbi di legittimità costituzionali volti a lamentare, sotto diversi profili, la lesione della competenze legislative regionali (segnatamente della potestà legislativa regionale concorrente in materia di "casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale" di cui all'art. 117, comma 3, Cost.).

Il dubbio di costituzionalità sembra manifestamente infondato per la duplice considerazione che nessuna delle banche popolari

interessate dalle disposizioni legislative in oggetto risulta avere carattere regionale (trattandosi di banche che operano sul mercato nazionale e internazionale); e che, comunque, in questa materia, l'intervento legislativo statale trova il suo titolo legittimante nell'art. 117, comma 2, Cost., che riserva allo Stato le materie sia dell'ordinamento civile (lett. 1), sia della “*moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari*” (lett. 3).

Su questo specifico punto, comunque, la rilevanza della questione è, di fatto, interamente assorbita dalla circostanza che una questione di costituzionalità dell'art. 1 d.l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, per violazione delle competenze legislative regionali già pende innanzi alla Corte costituzionale in seguito al ricorso in via principale proposto dalla Regione Lombardia (ricorso depositato presso la cancellaria della Corte costituzionale il 29 maggio 2015, e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Prima serie speciale – Corte costituzionale, n. 25 del 15 luglio 2015): sicché la Corte costituzionale risulta essere stata già investita della questione.

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

Come si è già evidenziato nella succitata ordinanza cautelare 2 dicembre 2015, n. 5383, i dubbi di legittimità costituzionale riguardano l'art. 1 del decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito con modificazioni dalla legge 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 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.

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

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

La delimitazione dell'ambito di tutela riconosciuta alla

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

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

31. Va ricordato che nella giurisprudenza della Corte EDU la nozione di proprietà ha assunto portata e significato autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici dei singoli Stati contraenti, con la conseguenza che è irrilevante che il richiedente sia o meno titolare di un diritto di proprietà secondo l’ordinamento interno; ai fini dell’invocazione della tutela è, infatti, sufficiente che il soggetto richiedente sia titolare di un qualsiasi diritto, ovvero anche di un mero interesse, purché avente valenza patrimoniale

La Corte di Strasburgo, in particolare, ha ripetutamente affermato che non le compete definire la questione se ci sia o meno un diritto di proprietà al livello di ordinamento interno, in quanto la nozione di “*biens*” (in inglese “*possessions*”) di cui all’articolo 1 del Protocollo n. 1 ha una portata autonoma (*Matos e Silva Lda et autres c. Portugal*, 16 settembre 1996, § 75). Inoltre, nella decisione *Gasus Dosier – und Fordertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 febbraio 1995, § 53, la Corte EDU ha precisato che la

nozione autonoma di bene fa sì che essa non si limiti alla proprietà dei beni corporali, perché anche altri diritti e interessi aventi valore patrimoniale possono essere considerati “diritti di proprietà” e dunque “*biens*” ai fini della citata disposizione (nello stesso senso, *Brosset-Triboulet c. France*, n. 34078/02, 28 marzo 2010).

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

Pertanto, in assenza di una espressa definizione, in seno all’art.1 Protocollo n. 1, dei limiti di applicazione della tutela ivi prevista, ma in conformità con l’interpretazione autonoma del concetto di “bene”, nell’ambito del quale viene incluso, come sopra ricordato, tutto ciò che abbia un valore economicamente valutabile, la Corte ha nel tempo sempre più esteso il campo di applicazione della disposizione, ricomprendendovi non solo la proprietà di beni mobili ed immobili ed i diritti reali, ma anche, tra gli altri: la proprietà intellettuale (*Smith Kline and French Laboratories LTd c. Paesi Bassi*, n. 12633/87, 4 ottobre 1990, § 70); il diritto alla sfruttamento di una concessione amministrativa (*Fredin c. Svezia*, n. 12033/86, 18 febbraio 1991); i diritti di credito (*Tre Traktorier 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); i diritti ereditari (*Inze c. Austria*, 8695/79, 28 ottobre 1987); l’avviamento

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

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

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

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

relazione agli artt. 41 e 42 Cost.

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

Per altro verso, la limitazione totale o parziale del diritto al rimborso incide sui diritti patrimoniali del socio, ponendolo di fronte ad un'alternativa tra due opzioni entrambe penalizzanti: accettare il nuovo status di socio "ridimensionato" per effetto della deliberata trasformazione in società per azioni, ovvero recedere; con il concretissimo rischio però di perdere, in tutto o in parte, la quota versata e subendo così una definita perdita patrimoniale (senza alcun corrispettivo o indennità).

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

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

La trasformazione (imposta dal legislatore al di sopra della soglia degli otto miliardi di euro di attivo patrimoniale, sia pure con la

previsione di obblighi alternativi in capo alla banca popolare) modifica in senso peggiorativo il contenuto della partecipazione sociale e, quindi, alla luce della nozione sostanziale di proprietà di cui prima si è detto, riduce il contenuto del diritto di proprietà spettante al socio.

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

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

34. Non vale a fugare i dubbi di legittimità costituzionale la considerazione secondo cui l’esclusione del diritto al recesso troverebbe una giustificazione nell’esigenza di tutelare un contrapposto interesse pubblico di rilievo costituzionale e comunitario, quale è quello rappresentato, per usare la stessa formula utilizzata dal legislatore, dalla necessità di assicurare la “*computabilità delle azioni nel patrimonio di vigilanza delle banche*”.

Sotto tale profilo, la Banca d’Italia nelle sue difese evidenzia che la riforma limita il diritto al rimborso in caso di recesso solo nel caso in cui ciò sia necessario a trattenere fondi nel patrimonio della società per non violare la disciplina prudenziale e, in particolare, per non intaccare il capitale di qualità primaria, così

da pregiudicare la sana e prudente gestione della banca.

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

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

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

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

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

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

Il profilo che, tuttavia, suscita dubbi di legittimità costituzionale riguarda proprio il rispetto, in concreto, del principio dei

minimo mezzo da parte della disposizione legislativa *de qua*: che appare violato nella misura in cui la norma stessa consente che il diritto al rimborso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati e con la previsione di un interesse corrispettivo correlato al ritardato rimborso della quota.

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

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

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

Invero, il fatto che, anche in situazioni come quella appena

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

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

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

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

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

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

La disposizione del Regolamento che si occupa dei limiti al rimborso degli strumenti di capitale è l'art. 10, il quale prevede alternativamente la possibilità sia di rinviare il diritto al rimborso sia di escluderlo (in tutto o in parte). In particolare, l'art. 10, paragrafo 2, dispone testualmente che *“La capacità dell'ente di limitare il rimborso conformemente alle disposizioni che regolano gli strumenti di capitale, di cui all'articolo 29, paragrafo 2, lettera b), e all'articolo 78, paragrafo 3, del regolamento (UE) n. 575/2013, riguarda sia il diritto di rinviare il rimborso che il diritto di limitare l'importo rimborsabile”*.

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

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

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

al differimento temporale.

Il riconoscimento da parte del Regolamento UE di tale facoltà non è sufficiente, tuttavia, a dare una adeguata “copertura comunitaria” alla norma introdotta dall’art. 1 d.l. n. 3 del 2015.

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

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

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

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

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

40. Nel caso oggetto del presente giudizio, invece, tali garanzie risultano mancanti, in quanto il legislatore si limita ad attribuire un potere di delegificazione in bianco, senza prevedere alcuna modalità procedimentale, senza dettare alcun principio o norma regolatrice cui attenersi nell'adozione dei regolamenti, e senza individuare le norme primarie suscettibili di essere abrogate.

41. La previsione di un così ampio potere di delegificazione in capo alla Banca d'Italia solleva dubbi di legittimità costituzionale sotto diversi profili.

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

il fondamento della funzione normativa generale nell'ordinamento giuridico repubblicano.

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

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

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

In quest'ottica, la previsione di un così ampio potere delegificante (e, quindi, della possibilità di dettare regole che si sostituiscono a quelle previste del legislatore) risulta in contrasto con le ragioni che normalmente giustificano la previsione di poteri normativi in capo alle Autorità indipendenti.

La delegificazione, infatti, presuppone che la materia sia stata, prima dell'intervento della fonte secondaria delegificante,

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

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

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

43. I dubbi di costituzionalità sono rafforzati dalla considerazione che tale potere regolamentare atipico con effetto delegificante è attribuito in materie che appaiono coperte da

riserva di legge ai sensi degli articoli 23 e 42 Cost..

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

Le considerazioni già svolte in merito all'interferenza tra l'esclusione del diritto al rimborso e la tutela della proprietà privata consentono, infine, di richiamare, ad ulteriore supporto dei dubbi di costituzionalità, la riserva di legge prevista dall'articolo 42 Cost. e dall'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU.

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

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

di legge.

44. Alla luce delle considerazioni che precedono appare rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 dell'art. 1 del decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3 (*Misure urgenti per il sistema bancario e gli investimenti*), convertito con modificazioni in legge 24 marzo 2015, n. 33 – ovvero direttamente di quest'ultima, nei sensi indicati nella superiore motivazione – per i seguenti profili:

a) per contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost., in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza (ove non ritenuta sanata, seppure soltanto *ex nunc*, dalla legge di conversione);

b) per contrasto con gli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo;

c) per contrasto con gli articoli 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito “*anche in deroga a norme di legge*”, con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di

delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.

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

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

P.Q.M.

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

a) per contrasto con l'art. 77, comma 2, Cost. in relazione alla evidente carenza dei presupposti di straordinaria necessità e urgenza legittimanti il ricorso allo strumento decretale d'urgenza;

b) per contrasto con gli articoli 41, 42 e 117, comma 1, Cost., in relazione all'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU, nella parte in cui prevede che, disposta dall'assemblea della banca popolare la trasformazione in società per azioni secondo quanto previsto dal nuovo testo dell'art. 29, comma 2-

ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, il diritto al rimborso delle azioni al socio che a fronte di tale trasformazione eserciti il recesso possa essere limitato (anche con la possibilità, quindi, di escluderlo *tout court*), e non, invece, soltanto differito entro limiti temporali predeterminati dalla legge e con previsione legale di un interesse corrispettivo;

c) per contrasto con gli articoli 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost., nella parte in cui, comunque, attribuisce alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità di tale esclusione, nella misura in cui detto potere viene attribuito “*anche in deroga a norme di legge*”, con conseguente attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione in bianco, senza la previa e puntuale indicazione, da parte del legislatore, delle norme legislative che possano essere derogate e, altresì, in ambiti coperti da riserva di legge.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO