

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 13 - giugno 2016

LA RIFORMA DELLE BANCHE POPOLARI E L'EUROPA COME PRETESTO

Salvatore Mazzamuto

LA RIFORMA DELLE BANCHE POPOLARI E L'EUROPA COME PRETESTO

Salvatore Mazzamuto

Professore Ordinario di Diritto Civili nell'Università di Roma Tre

Il saggio esamina brevemente la riforma delle banche popolari, prestando particolare attenzione agli strumenti normativi impiegati, nel più ampio quadro delle garanzie costituzionali e dei cambiamenti in atto nella legislazione bancaria europea.

The paper briefly investigates the reform for cooperative banks (namely “banche popolari”), taking a careful attention to the legislative tools applied, within the wider framework of Constitutional provisions on cooperation and European legislation on banking recovery

La riforma delle banche popolari e l'Europa come pretesto

La riforma del settore creditizio del 2015 (d.l. 24 gennaio 2014 n. 3, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2015, n. 33)¹ che ha riguardato anche le banche popolari è motivo oggi di rinnovato interesse a causa delle note vicende relative ad alcuni istituti bancari sebbene tali vicende non siano da imputare direttamente ad una fragilità del sistema delle banche popolari, le quali rappresentano una parte significativa del settore creditizio, ma siano da imputare piuttosto al più generale problema della professionalità degli operatori in stretto contatto con il pubblico dei risparmiatori e soprattutto del sistema di controllo affidato agli enti di vigilanza.

Non è questa la sede per soffermarci sull'annoso problema – che tanto ha sollecitato l'attenzione della dottrina civilistica e della giurisprudenza – della collocazione e della gestione degli strumenti finanziari² e che ha di recente trovato nella causa del contratto, e in particolare nel giudizio di meritevolezza, il grimaldello per affidare ai giudici un ruolo di controllo finora appannaggio quasi esclusivo delle Autorità indipendenti.

È opportuno però sottolineare, in proposito, come la riforma abbia esteso anche alle banche popolari, modificando i molteplici rinvii dell'art. 150-*bis* TUF al codice civile, la possibilità di emettere strumenti finanziari in misura maggiore rispetto alla precedente normativa: un segno, quest'ultimo, della tendenza a deprimere la funzione creditizia delle banche popolari a beneficio di quella speculativa. L'obiettivo concreto della riforma, seppure non esplicitato dal legislatore, è quello, infatti, di facilitare, mediante la trasformazione delle banche popolari in società per azioni, la loro contendibilità, vale a dire la loro scalabilità³. Ed invero, con il superamento del principio del voto capitario corredato anche da limiti di conferimento

¹ Cfr., per un esame generale della riforma, F. MAZZINI, *La riforma delle banche popolari*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2015, II, 39 s.

² Cfr., da ultimo, M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale. L'“azzardo” oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza* (parta prima), in *Contr. impresa*, 2014, p. 571 s., nonché Id., *I derivati e la causa negoziale (parte II). Il controllo di meritevolezza e i derivati di protezione conclusi dalle banche*, ivi, 2014, p. 881 s.

³ Cfr. l'Audizione del Presidente Consob, Giuseppe Vegas, nella quale si sottolinea alla pag. 3 come «il passaggio al modello della società per azioni renderà senz'altro più agevole e meno onerosa la contendibilità del controllo».

delle deleghe in sede assembleare (che costituisce, com'è a tutti noto, uno dei capisaldi della struttura cooperativa) si favorisce la circolazione delle azioni senza particolari limiti (salvo che per un periodo iniziale post-trasformazione, comunque non superiore a 24 mesi dall'entrata in vigore della normativa in esame) favorendo così un rinnovato interesse del mercato nelle acquisizioni di pacchetti azionari determinanti per consentire una maggiore partecipazione alle scelte strategiche della banca da parte di chi ha investito più di altri nonché la concentrazione tra banche più piccole.

La prima impressione che se ne ricava è quella di una forte accelerazione in senso capitalistico impressa al sistema delle banche popolari quando queste raggiungano limiti dimensionali ragguardevoli. E se è vero che – come già rilevava Giuseppe Ferri nel lontano 1959 in una breve quanto mai lucida voce dell'Enciclopedia del diritto⁴ – le banche popolari hanno soltanto la forma della mutualità e non anche la sostanza⁵, va evidenziato ormai che lo scopo mutualistico delle banche popolari, nonché il loro forte radicamento territoriale, non occupano una posizione preminente nella vita sociale e ciò vale soprattutto per gli istituti fortemente patrimonializzati, come quelli oggetto della riforma, dove lo scopo di lucro, comunque sempre presente accanto a quello mutualistico, appare prendere il sopravvento⁶. Del resto chi diventa socio di una banca popolare nel XXI secolo di certo non è mosso dagli stessi intenti che, a cavallo tra il XIX e il XX secolo, spingevano i suoi predecessori ad aderire ad una forma societaria fortemente protettiva dei propri aderenti; è altrettanto vero, però, che solo oggi, per la prima volta, si imprime al sistema creditizio in maniera così incisiva ed esplicita una svolta verso un sistema marcatamente orientato al profitto.

Venendo ora al merito della riforma, occorre soffermarsi perlomeno su tre aspetti: il primo aspetto che dovrebbe destare l'interesse del giurista in generale, riguarda l'utilizzo spregiudicato della decretazione d'urgenza, nonostante ne manchino i presupposti, con la biasimevole pratica di

⁴ G. FERRI, *Banca popolare* (voce), in Enc. dir., V, Milano, 1959, p. 13.

⁵ Cfr. F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle "banche popolari"*, in Riv. trim. dir. economia., 2015, 3 s.; si veda altresì, S. BRAGANTINI, *Sulla trasformazione delle banche popolari in Spa*, in Il Mulino, 2015, 249.

⁶ R. COSTI, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?*, in Banca e Borsa, 2015, p. 580, pur esprimendo un giudizio positivo sulla riforma, riconosce che essa «indirettamente finisce per sacrificare lo scopo mutualistico e per favorire lo scopo lucrativo».

modificare poi il testo normativo in sede di conversione, il tutto aggravato dal ricorso costante al voto di fiducia.

La ragione della decretazione d'urgenza viene ravvisata, secondo il preambolo del d. l. 3/2015, nella necessità di adeguare il sistema bancario italiano agli indirizzi europei, al fine di rendere il nostro sistema "competitivo" tramite l'elevazione del livello di tutela dei consumatori che favorirebbe così uno "sviluppo dell'economia del Paese".

Purtuttavia, il preambolo non fa menzione di quali siano "gli indirizzi europei" giacché ben diverso sarebbe stato un vero e proprio obbligo di tipo unitario-europeo da una non meglio precisata indicazione proveniente da un altrettanto imprecisato mittente: è quanto mai esplicito il rischio di invocare l'Europa per giustificare scelte politiche che hanno, invece, come unico responsabile il legislatore nazionale. Ed anzi, l'Europa ha dimostrato una non trascurabile sensibilità verso il pluralismo delle forme giuridiche tramite le quali le banche esercitano il loro ruolo, ponendo, quindi, su un piano di assoluta parità il sistema capitalistico delle società per azioni e quello mutualistico delle banche popolari⁷.

La scelta di agire tramite decretazione d'urgenza e di far ricorso al voto di fiducia in sede di conversione testimonia l'assoluta mancanza di un approfondito dibattito in Parlamento che dovrebbe essere la sede elettiva di quel bilanciamento degli interessi cui proprio il preambolo fa riferimento. Tutto ciò è ancor più discutibile se si considera che l'intervento legislativo coinvolge un numero molto alto di risparmiatori e alcune delle più importanti banche del paese con delle ripercussioni sul sistema creditizio in generale di cui nessuno si è preoccupato di tracciare una qualche previsione.

In secondo luogo, l'aver inserito una riforma importante in un decreto legge "omnibus" che contiene interventi nelle materie più disparate appare in contraddizione con la delicatezza di un tema giuridicamente complesso come quello della riforma delle banche popolari che avrebbe avuto bisogno di un maggiore sistematicità e ponderazione, caratteristiche che mal si addicono allo strumento del decreto legge nel cui ambito sono frequenti asperità lessicali e terminologiche che non ne aiutano la piena comprensione.

In terzo luogo, si aggiunga che il legislatore ha demandato alla Banca d'Italia di integrare il testo legislativo con interventi normativi *subprimari* sicché la reale portata della "riforma" si deve ricavare anche sulla base del successivo intervento della Banca d'Italia del 9 giugno 2015 (9°

⁷ Cfr. la Risoluzione Parlamento europeo 5 giugno 2008 sul Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico, in particolare il punto 15.

aggiornamento alla Circolare, n. 285 del 17-12-2003, contenente le disposizioni attuative della legge), peraltro preceduto da un ampio periodo di consultazione pubblica, al quale intervento, come dirò tra poco, è concessa una sostanziale delega in bianco sulla quale è lecito porre più di un dubbio.

Un ulteriore aspetto critico riguarda gli altri possibili profili di incostituzionalità che affliggono il testo legislativo; anzitutto viene in rilievo la contrarietà al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., giacché con una clausola stipulativa si fissa un limite (8 miliardi di attivo patrimoniale) entro cui la singola banca popolare può continuare ad esercitare la sua attività economica, mentre le consorelle che superano tale soglia sono obbligate ad arrestare l'esercizio salvo la trasformazione prevista dalla legge.

Una delle giustificazioni della scelta di limitare a 8 miliardi l'attivo patrimoniale è la presunzione (a questo punto assoluta) che un attivo patrimoniale superiore a tale somma determini una attività complessa da svolgere cui può far fronte solo una banca operante nella forma di società per azioni. In altre parole, si presume che un attivo di 8 miliardi imponga un modello organizzativo a sua volta particolarmente complesso e che soltanto una società per azioni possa garantire il funzionamento di tale modello⁸. Se così fosse, però, sarebbe bastato imporre alle banche popolari soprassoglia la dotazione di un modello organizzativo, e quindi anche di controllo, più articolato, a prescindere quindi dalla forma sociale tramite la quale esercitare l'attività bancaria. Ed ancora, perseguendo la linea di pensiero manifestata dal governo secondo cui soltanto una società per azioni può garantire un adeguato modello operativo, allora tutte le banche che hanno un attivo superiore alla soglia di 8 miliardi dovrebbero soggiacere alla trasformazione per legge⁹.

Dal punto di vista della razionalità della nuova normativa¹⁰ preoccupa non tanto l'individuazione della soglia, in ogni caso caratterizzata da un certo tasso di discrezionalità, quanto la scelta di individuare tale soglia in funzione della situazione patrimoniale delle banche interessate; in altre parole, non è del tutto peregrino il dubbio che siano state prima individuate

⁸ Cfr. le Disposizioni di vigilanza Banca d'Italia, aggiornamento 9 alla Circolare n. 285/2013, p.2; dello stesso avviso Costi, *Verso una evoluzione capitalistica delle banche popolari?* cit., p. 580-581.

⁹ Cfr. F. DI CIOMMO, *La riforma delle banche popolari*, in Foro. It., 2015, V, p. 196.

¹⁰ Al riguardo esprime perplessità anche Capriglione, *La riforma delle "banche popolari"* cit., 19 pur valutando, nel complesso, positivamente la riforma.

le banche coinvolte dalla riforma e solo di conseguenza la soglia di legge. Ciò che dunque si espone a critiche è il metodo visibilmente in forte contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di astrattezza e generalità a cui la legge deve uniformarsi.

La violazione dell'art. 3 Cost. si ravvisa anche sotto un altro aspetto, ossia nella circostanza che la legge imponga ai soci delle banche popolari un diverso trattamento a seconda che l'istituto di cui sono per l'appunto soci sia o meno sotto o sopra la soglia prevista dalla legge. In altre parole, soggetti che in origine sono sottoposti al medesimo regime giuridico subiscono una modificazione del loro rapporto sociale senza poter esprimere alcun tipo di volontà, salvo il diritto di recesso di cui si dirà in seguito.

Ulteriori perplessità riguardano la compressione della libertà di iniziativa economica che, stando all'art. 41, co. 2, Cost., deve svolgersi in armonia con il perseguimento dell'utilità sociale, la quale consente la creazione di sottosistemi legislativi e imprenditoriali di risposta alle esigenze sociali.

Le finalità del diritto europeo, peraltro, sono analoghe a quelle della Costituzione italiana, come dimostra l'art. 3 TFUE che annovera tra i suoi obiettivi il perseguimento di un modello di economia sociale di mercato, ancorché questo modello normativo differisca da quello ben più aperto alla discrezionalità della politica proprio della nostra clausola generale di utilità sociale¹¹. E certamente tra le esigenze sociali c'è quella mutualistica propria del sistema cooperativo in generale e, nello specifico, seppur in misura attenuata, delle banche popolari, come dimostra il suo recepimento a livello costituzionale all'art. 45 Cost. laddove si afferma che la Repubblica favorisce la cooperazione quale attività di interesse generale.

Non meno rilevante è il possibile contrasto con l'art. 47 Cost. il quale, com'è noto, protegge ed incoraggia il risparmio in tutte le sue forme; il risparmio così tutelato non è rilevante in sé e per sé, ma acquista importanza solo in connessione con la disciplina del credito, ovvero con la protezione dello strumento di liquidità per eccellenza, la moneta. In altre parole, il risparmio va difeso nella sua dimensione creditizia solo se l'intervento protettivo si colloca in una più ampia dimensione che investa l'intero ciclo economico. In particolare, il risparmio è tutelato nelle forme, tra cui quella della banca popolare, che consentono l'accesso – secondo l'art. 47, co. 2, Cost. – alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al

¹¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*², Torino, 2015, p. 120 s.; cfr., altresì, la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 febbraio 2009 sull'economia sociale.

diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

Appare evidente che con la riforma si corre il rischio di favorire la logica speculativa nelle strutture deputate per eccellenza alla conservazione del risparmio, eliminando proprio quelle che, viceversa, più delle altre consentono l'esercizio del credito per finalità non speculative.

Particolarmente significativa è, agli occhi del civilista, la disposizione dell'art. 1 del d.l. 3/2015, che modifica l'art. 28 TUB, secondo cui "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" (ciò in attuazione del Reg. 2013/57, c.d. CRR "Capital Requirements Regulation" e della Dir. 2013/36, c.d. CRD IV "Capital Requirements Directive"). La stessa limitazione si applica poi anche agli altri strumenti di capitale emessi.

Al di là della discutibile formulazione lessicale, la finalità della limitazione è quella, dunque, di salvaguardare il patrimonio di qualità primaria della banca necessario a garantirne la stabilità nel caso in cui l'istituto versi in uno stato di crisi. In caso di dissesto, secondo il principio recepito dal legislatore europeo del *bail-in* (si tratta del meccanismo previsto dalla Dir. 2014/59, c.d. BBRD "*Bank Recovery and Resolution Directive*"), la banca deve fare esclusivamente ricorso alle proprie risorse patrimoniali, senza poter fare affidamento su strumenti pubblicistici di salvataggio.

La disposizione contiene una deroga abbastanza vistosa all'art. 2437 c.c. che prevede il diritto di recesso per i soci che non abbiano concorso alle deliberazioni riguardanti, tra le altre, la trasformazione della società e all'art. 2437-ter, che assicura al socio che recede il diritto alla liquidazione delle azioni per le quali esercita il recesso.

Non può non far riflettere la circostanza che il legislatore affidi il potere di limitare il diritto di recesso, pur previsto dalla legge, ad un'autorità indipendente (la Banca d'Italia) con una delega sostanzialmente in bianco, ponendo un problema non irrilevante di compatibilità tra le fonti dell'ordinamento. Va segnalato, infatti, l'annoso dibattito sulla legittimità delle fonti normative autoritative soprattutto sul versante della costituzionalità del potere regolativo/amministrativo delle Autorità, che la dottrina riconduce al fenomeno della delegificazione, ossia ad una sorta di cessione di potestà normativa della legge in favore di regolamenti amministrativi.

Il caso di specie, in realtà, è diverso poiché il legislatore neppure fissa dei criteri di esercizio della potestà normativa delegata, che invece sono previsti, per quanto riguarda i regolamenti amministrativi, dalla l. 400/1988. In altre parole, alla base dell'esercizio del potere limitativo della Banca d'Italia non vi è soltanto una cessione in bianco senza limiti e criteri, ma non è neppure prevista una forma tipica di tutela nel caso in cui il provvedimento debba essere in qualche modo impugnato.

La limitazione apposta al divieto di rimborso equivale, difatti, al divieto di recesso, o quantomeno alla sua compressione fino a renderlo del tutto antieconomico per il titolare. Ne deriva una compromissione del valore dell'autonomia privata che si aggiunge all'imposizione di un modello sociale diverso da quello prescelto dai soci delle banche popolari. Essi, infatti, pur volendo aderire ad un modello bancario improntato ad una logica mutualistica, si ritrovano soci di una banca fondata su un modello capitalistico e soggetto facilmente a cambiamenti della compagine sociale che vengono favoriti dalla agevole circolazione nel mercato delle azioni e dalla mancata previsione di clausole di gradimento all'accesso.

La collocazione sistematica del nuovo art. 28 TUB aveva sollevato, altresì, un dubbio interpretativo non di poco conto se la vistosa compressione dell'autonomia privata non si limitasse ai soli casi di trasformazione delle banche popolari, ma coinvolgesse anche le banche di credito cooperativo; il legislatore è poi intervenuto prevedendo espressamente il limite al rimborso anche per i soci delle banche di credito cooperativo.

Il nuovo co. 2-ter dell'art. 28 TUB desta un ulteriore profilo di perplessità, anch'esso di carattere interpretativo, nella misura in cui fa riferimento ad un generico potere di "limitazione" del rimborso, attribuito alla Banca d'Italia senza però specificare in alcun modo il contenuto di tale limite.

Non è chiaro, infatti, se tale limitazione debba essere soltanto temporale, e se così fosse non è determinato in alcun modo il termine della limitazione che potrebbe tuttavia venire *per relationem* in rapporto alle esigenze di salvaguardia del patrimonio di vigilanza della banca; o se viceversa tale limitazione sia anche di carattere quantitativo, e se così fosse non risulta chiaro né se si tratti di una limitazione anche parziale o necessariamente totale, né il criterio in base al quale effettuarla.

Le disposizioni di vigilanza adottate dalla Banca d'Italia e confluite nella Parte Terza, Capitolo 4, Sezione III, della Circolare n. 285/2013, chiariscono solo in parte le perplessità già emerse ed altre ne sollevano, prevedendo che sia lo statuto della banca ad attribuire all'organo di gestione, «tenuto conto della situazione prudenziale della banca», la possibilità di

«limitare o rinviare, in tutto o in parte e senza limite di tempo, il rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale del socio uscente», a seguito dell'esercizio del diritto di recesso. Nel caso di parere positivo al rimborso da parte dell'organo di gestione, resta, peraltro, ferma, secondo quanto previsto dall'art. 77 CRR, l'autorizzazione da parte dell'autorità competente (BCE o Banca d'Italia), al rimborso delle azioni e degli altri strumenti di capitale. Appare evidente che una limitazione del diritto di recesso con modalità tali da escludere completamente il rimborso stesso si traduce, di fatto, in un sacrificio estremo del diritto di proprietà ossia in una sostanziale espropriazione della facoltà di cui è titolare il socio. Qualsiasi intervento di funzionalizzazione del diritto di proprietà – qual è quello posto in essere dal legislatore, limitando il terribile diritto (si fa per dire) sulla scorta delle ragioni di salvaguardia del patrimonio di vigilanza della banca – deve infatti essere improntato ai criteri di necessità e proporzione o congruità del sacrificio imposto al socio rispetto alle esigenze di pubblico interesse per le quali il legislatore ha congegnato lo strumento di limitazione in esame. Tutto ciò – va ribadito – al fine di non comportare una pura e semplice espropriazione della facoltà del proprietario.

A livello generale assistiamo, quindi, ad un fenomeno tutt'altro che nuovo: l'intervento della legge che comprime l'autonomia privata ha ancora una volta l'obiettivo dell'instaurazione di un mercato concorrenziale. Tale obiettivo normalmente è perseguito in modo diretto intervenendo sui consumatori come acquirenti di beni di consumo, ma questa volta l'intervento sui consumatori è solo indiretto come protagonisti del mercato creditizio. E infatti, nella prospettiva consumeristica classica tale strategia è perseguita garantendo al privato la possibilità di recedere dal contratto già concluso senza obblighi di motivazione e gratuitamente, anche se il contratto ha avuto un principio di esecuzione, ben oltre quindi il codice civile. La facilitazione all'esercizio del recesso permette infatti al consumatore, insoddisfatto della propria scelta, perché non sufficientemente meditata, di ricollocarsi immediatamente sul mercato per soddisfare altrimenti i propri interessi, favorendo in tal modo una virtuosa competizione tra le imprese. Nel caso della riforma delle banche popolari, viceversa, il medesimo obiettivo, ossia quello di rendere il sistema bancario più competitivo, obbligando gli istituti di credito a fronteggiare un'eventuale fase di dissesto tramite il solo ricorso alle proprie capacità imprenditoriali, è perseguito nel senso opposto, ossia limitando, questa volta in contrasto con il codice civile, il diritto di recesso del socio. L'intervento compressivo dell'autonomia privata rischia, tuttavia, in questo caso di ingenerare, per una sorta di eterogenesi dei fini, un effetto contrario a quello voluto, cioè una drastica

riduzione della concorrenza, nella misura in cui ne vengono ostacolate le due libertà fondamentali su cui essa stessa poggia, la libertà di accesso e la libertà di circolazione nel mercato da parte dei suoi attori; come dire che qui la concorrenza si ammala di autofagia: una tara genetica del resto che ogni tanto ricompare nelle diagnosi sullo stato di salute del capitalismo¹².

La linea di riforma del settore creditizio sin qui esaminata si avvia al completamento con il decreto-legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 febbraio 2016 con cui il Governo è intervenuto sulla disciplina delle altre banche cooperative, ossia le BCC.

Anche in questo caso la compressione dell'autonomia privata è evidente e, anzi, addirittura forse più invasiva giacché approda a una vera e propria gerarchizzazione e monopolizzazione del settore: tutte le banche di credito cooperativo con un attivo patrimoniale inferiore a 200 milioni di euro devono aderire a un unico gruppo al cui vertice è posta una banca in forma di società per azioni, la quale eserciterà il coordinamento e il controllo sugli istituti ad essa legati da una sorta di "contratto di coesione"; nonché ad una forte penalizzazione per le banche riottose sopra soglia, le quali sono obbligate a trasformarsi in società per azioni e a pagare un'imposta speciale pari al 20% delle sue riserve, pena la liquidazione.

È abbastanza evidente che si tratta di un ulteriore passo verso il deperimento della funzione mutualistica, al di là delle dichiarazioni di principio, che può tradursi in un ridimensionamento della stessa funzione creditizia da sempre esercitata dalle banche con un forte radicamento territoriale

¹² Cfr. da ultimo L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*. Regole giuridiche e paradigmi di mercato, Napoli, 2010, p. 97, secondo il quale per l'appunto «l'autofagia è una tendenza immanente al sistema capitalistico».