La VI sezione del Consiglio di Stato rimette alla Corte Costituzionale una serie di questioni relative alla riforma delle Banche Popolari varata con decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3

Cons. St., sez. VI, ord., 15 dicembre 2016, n. 5277 – Pres. de Francisco, Est. Giovagnoli

Istituti di credito – Trasformazione Banche Popolari in s.p.a. – Disciplina del diritto di recesso dei soci – Contrasto con gli artt. 41, 42 e 117, comma 1 Cost. in relazione all'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla CEDU – Poteri normativi dell'Autorità di vigilanza – Contrasto con gli articoli 1, 3, 95, 97, 23 e 42 Cost. – Questioni di illegittimità costituzionale – Non sono manifestamente infondate.

E' 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. (1)

---

(1) I. - In merito al requisito della rilevanza della questione di costituzionalità sollevata nel corso della fase cautelare, il collegio, dopo aver ricordato che il giudice delle leggi 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, afferma di aderire all'indirizzo prevalente che prospetta la scomposizione del giudizio cautelare in due fasi: la prima in cui si accoglie la domanda cautelare "*a termine*", ossia soltanto fino alla decisione della questione di costituzionalità contestualmente sollevata; la seconda, da differirsi all'esito del giudizio di costituzionalità, in cui si decide "definitivamente" sulla domanda cautelare, tenendo conto, per valutare la sussistenza del *fumus boni iuris*, della decisione della Corte costituzionale.

Precisa il collegio che tale opzione ha altresì trovato l'avallo della Corte costituzionale, la quale 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).

Sempre in punto di rilevanza e con specifico riferimento al requisito del *periculum in mora* – al cui ricorrere è condizionata la astratta possibilità di concedere la misura – osserva ancora il collegio che il potere di definire il merito della causa con sentenza in forma semplificata già in sede cautelare, ai sensi degli articoli 60 e 98, comma 2, c.p.a., rende, per ciò solo, rilevante la questione di costituzionalità, anche a prescindere dalla valutazione delle ragioni di pregiudizio sussistenti in concreto.

II. - Quanto alla non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, il collegio, tra gli altri profili, rammenta preliminarmente che la riforma delle Banche popolari con l'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015 ha novellato il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, introducendo, dopo l'articolo 28, comma 2-*bis*, il comma 2-ter a mente del quale "Nelle banche popolari il diritto al rimborso delle azioni nel caso di recesso, anche a seguito di trasformazione o di esclusione del socio, è limitato secondo quanto previsto dalla 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". Il successivo comma 29 del testo unico è stata modificato per introdurre, col nuovo comma 2-*bis,* la disciplina del limite dell'attivo delle banche popolari (8 miliardi di euro) al cui superamento scatta l'obbligo di adottare una serie di misure previste dal comma 2 ter (riduzione del capitale nel tetto legale o trasformazione in s.p.a. o la liquidazione). Il comma 2-*quater* precisa infine che è la Banca d'Italia a dover dettare le relative disposizioni attuative. Alle Banche popolari già autorizzate è stato poi concesso il termine di 18 mesi per adeguarsi alle nuove disposizioni, a decorrere dalla adozione delle disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d'Italia.

Le disposizioni attuative dell'Autorità di vigilanza sono state impugnate, tra gli altri, da numerosi soci di Banche popolari per chiederne l'annullamento in quanto a loro dire affette da illegittimità derivata a causa dell'illegittimità costituzionale della normativa primaria di cui all'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015.

III. - La VI sezione del Consiglio di Stato, adita per la riforma delle sentenze del TAR Lazio che avevano respinto i ricorsi, ritenendo le questioni di costituzionalità prospettate dai ricorrenti manifestamente infondate, ha invece rilevato i seguenti profili di possibile contrasto con parametri costituzionali:

a) la carenza evidente dei presupposti di necessità e urgenza rispetto all'adozione del decreto-legge convertito, in violazione dell'art. 77, comma 2 Cost., sulla scorta dell'insegnamento di Corte Cost. n. 171 del 2007 che ha posto fine ad un risalente contrasto, risolto nel senso che la legge di conversione non sana i vizi propri del decreto legge; tale indirizzo è stato successivamente confermato dalle sentenze n. 128 del 2008 e n. 222 del 2013, sino alle sentenze n. 22 del 2012 e n. 32 del 2014 che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle c.d. norme eterogenee (prive cioè di qualsivoglia legame con la *ratio* del decreto-legge originario e, quindi, con i suoi presupposti) introdotte in sede di conversione; a tale conclusione si è giunti osservando, tra l'altro, che oltre a trattarsi di riforma sistematica ed ordinamentale, oggetto da tempo di dibattito in sede politica e dottrinale, il decreto introduce norme in gran parte non auto-applicative che richiedono ulteriori misure attuative, demandate nella specie alla Banca d'Italia, in contrasto quindi con 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*" (nel senso della esistenza dei predetti requisiti di necessità ed urgenza si è tuttavia pronunciata la Corte Costituzionale con sentenza n. 287 del 21 dicembre 2016 sul ricorso proposto in via principale dalla Regione Lombardia che lamentava la lesione della competenza legislativa regionale concorrente in materia di «casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale», stabilita dall'art. 117, terzo comma, della Costituzione);

b) la prevista possibilità di escludere il diritto al rimborso delle azioni, in tutto o in parte, ovvero di differirlo senza limiti di tempo, qualora il socio intenda recedere in seguito alla decisione dell'assemblea di optare per la trasformazione in s.p.a., è stata ritenuta 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;

c) in particolare – alla luce dell'ampia nozione di proprietà recepita dalla Corte EDU – si è rilevato che la disposizione in esame comporterebbe una sostanziale espropriazione senza indennizzo atteso che il socio viene posto nella alternativa tra accettare il nuovo *status* di socio "ridimensionato" per effetto della deliberata trasformazione in società per azioni (che comporta ad es. il venir meno della regola del voto capitario) e l'esercizio del diritto di recesso, a condizioni tuttavia penalizzanti, stante la possibile esclusione, totale o parziale, del diritto al rimborso della quota versata: la perdita dello *status* di socio di società cooperativa, con i connessi diritti, non sarebbe pertanto compensata dal diritto al rimborso del valore della quota, con conseguente indebita limitazione del diritto di proprietà stante la mancata previsione di un indennizzo; a fugare il dubbio di costituzionalità non viene ritenuta sufficiente la finalità di tutela del credito e del risparmio perseguita dalla disposizione in esame; in particolare l'esigenza di non intaccare il capitale di qualità primaria (al fine di assicurare la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria) viene considerata in contrasto con il principio del minimo mezzo, nella misura in cui la norma stessa consente che il diritto al rimborso possa essere limitato e persino escluso *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; l'esclusione del diritto al rimborso non potrebbe giustificarsi

neppure alla luce del disposto di cui all'art. 10 del regolamento delegato UE n. 241/2014 della Commissione del 7 gennaio 2014 che ammette tale possibilità, poiché trattandosi di una mera facoltà il legislatore italiano, nella disciplina della materia, sarebbe tenuto a scegliere l'opzione che meglio assicuri il rispetto dei principi costituzionali nazionali;

d) l'art. 1 del decreto legge n. 3 del 2015 nel riconoscere alla Banca d'Italia il potere di disciplinare le modalità dell'esclusione del diritto al rimborso, conferisce detto potere "*anche in deroga a norme di legge*"; secondo la VI sezione tale disposizione comporterebbe l'attribuzione all'Istituto di vigilanza di un potere di delegificazione "in bianco", senza prevedere alcuna modalità procedimentale, senza dettare alcun principio o norma regolatrice cui l'Istituto deve attenersi nell'adozione dei regolamenti, e senza individuare le norme primarie suscettibili di essere abrogate, come invece previsto dalla disciplina generale contenuta nell'art. 17 comma 2 della legge n. 400 del 1988 per i regolamenti di delegificazione governativi;

e) non sarebbe possibile attribuire il potere di adottare regolamenti di delegificazione (con capacità, quindi, di derogare alle norme legislative) a soggetti diversi dal Governo e, segnatamente, alla Banca d'Italia, ovvero ad un soggetto estraneo al circuito politico dei rapporti Parlamento-Governo, privo di legittimazione democratica e, dunque, politicamente irresponsabile e non riconducibile, neppure mediatamente, alla sovranità popolare, ex art. 1, Cost., da cui promana il fondamento della funzione normativa generale nell'ordinamento giuridico repubblicano; sulla scorta di tali premesse, si ritengono 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 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; a suffragare tale conclusione si aggiunge che il potere regolamentare atipico con effetto delegificante risulta attribuito in materie coperte da riserva di legge, ai sensi degli articoli 23 e 42 Cost. e dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, sicchè risulta ineludibile la necessità della preventiva fissazione di principi e criteri direttivi da parte del legislatore, quanto meno con riferimento alla previsione del termine massimo di differimento del diritto al rimborso e del tasso di interesse da corrispondere per il ritardo.

IV. – Per completezza si evidenzia quanto segue:

f) di recente la medesima sezione VI del consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di giustizia dell'UE una questione interpretativa relativa alla compatibilità con il principio di trasparenza, sancito dall'art. 15 del Trattato UE, dei limiti al diritto all'accesso posti dalla normativa nazionale (ed europea) in materia di vigilanza bancaria in attuazione della disciplina del c.d. *bail in* (cfr. ordinanza 15 novembre 2016, n. 4712 oggetto della News in data 21 novembre 2016); in entrambi i casi, può dirsi che, *au fond,* ad essere sottoposta ad uno stringente vaglio di legittimità attraverso il prisma dei valori fondamentali della nostra Costituzione, è la disciplina bancaria europea;

g) sul delicato rapporto fra tutela cautelare, introduzione del giudizio di costituzionalità e disapplicazione della legge sospettata di illegittimità, v. da ultimo Cons. Stato, sez. V, ordinanza 13 giugno 2016, n. 2515 (oggetto della News US in data 14 giugno 2016), nonché sez. II, parere 3 dicembre 2015, n. 2048/15, in *Foro it.*, 2016, III, 1, ivi ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza.