

Sandro Amorosino

*Profili pubblicistici delle normative di riforma  
delle banche cooperative*

SOMMARIO: 1. Le suggestioni di Guido Alpa – 2. Perdita di rilevanza dell'art. 45 Cost. con riferimento alle banche cooperative – 3. La politica regolatoria europea – 4. Gli indirizzi politici del legislatore italiano per la riforma del credito cooperativo – 5. L'imposizione di una formula organizzatoria uniforme alle banche popolari – 6. Il raggruppamento "coattivo" delle BCC.

1. *Le suggestioni di Guido Alpa*

In un breve, ma (al solito) denso "contributo", in un libro collettaneo sulla riforma delle banche popolari, Guido Alpa<sup>1</sup> ha dato alcune suggestioni, e linee di approfondimento, anche per ciò che concerne i profili pubblicistici delle riforme delle "società cooperative che svolgono attività bancaria" (art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 385/1993 – T.U.B.): le popolari e le BCC.

La prima e più generale – perché riguarda la disciplina dell'intero settore bancario – sottolinea "il raccordo esistente tra l'operatività [delle banche] e la realizzazione di interessi pubblici, da un canto, ed il fenomeno dell'incidenza del diritto pubblico sull'autonomia privata...dall'altro".

La compresenza e l'integrazione funzionale di modelli ed istituti pubblicistici e privatistici accomuna tutti i campi del diritto dell'economia, ma quello bancario è, sotto questo profilo, esponenziale<sup>2</sup>.

Stupisce un po', quindi, che le riforme legislative, delle banche popolari (2015) e, subito dopo, delle banche di credito cooperativo (2016), siano state largamente approfondite per i profili societari, e più ampiamente organizzatori, ma – salvo eccezioni<sup>3</sup> – ne siano stati meno studiati i contesti ed i profili pubblicistici.

<sup>1</sup> G. ALPA, *La riforma delle banche popolari. Riflessioni di metodo sull'utilizzo di un modello innovativo* in AA.VV., *La riforma delle banche popolari*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova 2015, p. 119 ss..

<sup>2</sup> S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa 2018, p. 32 ss..

<sup>3</sup> G. MONTEDORO, *Riforma delle banche popolari e profili costituzionali della cooperazione di credito* in AA.VV., *La riforma...* cit. p. 27 ss.; S. AMOROSINO, *Le riforme delle banche coope-*

## 2. Perdita di rilevanza dell'art. 45 Cost. con riferimento alle banche cooperative

L'art. 45 della Costituzione (“*La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione con carattere di mutualità*”) ci appare remoto nello *spazio-tempo*, quasi *Vaghe stelle dell'Orsa* (usando come metafora il titolo di un film di Luchino Visconti del 1965), soprattutto con riferimento alle banche cooperative, se è vero che già quasi sessant'anni fa Giuseppe Ferri<sup>4</sup> aveva rilevato come queste banche non avessero più la sostanza mutualistica delle cooperative.

E, dieci anni dopo, Gustavo Minervini, al fine di interpretare l'art. 45 in modo coerente con l'evoluzione, già allora verificatasi, della realtà economico-sociale, affermò la legittimità della distinzione legislativa tra mutualità prevalente e non prevalente<sup>5</sup>.

In termini più generali appare storicamente superata, nel mutato sistema economico-sociale, anche l'*idea forza* della cooperazione come strumento della diffusione verso il basso della democrazia economica (idea-forza che, trentotto anni fa, era prospetticamente sottesa al commento all'art. 45 di Alessandro Nigro<sup>6</sup>); ed ancora una ventina di anni fa un altro maestro, Buonocore<sup>7</sup>, individuava la “*nuova utilità*” del ruolo costituzionalizzato della cooperazione nel fatto che il fenomeno cooperativo è funzionale alla realizzazione della democrazia economica.

Un collegamento in linea di principio ineccepibile, ma l'intervenuta mutazione dello scenario economico-sociale e culturale impone un mutamento di prospettiva.

Ai fini della realizzazione dell'art. 3, comma 2, della Costituzione – nella parte in cui indica come obiettivo la partecipazione dei cittadini all’“*organizzazione... economica*”<sup>8</sup> del Paese – un ruolo centrale, più che l'art. 45, può averlo oggi il principio di sussidiarietà<sup>9</sup> di cui all'art. 118 Cost. (che trova applicazione anche nel campo delle attività economicamente rilevanti); principio che ha trovato concretizzazione nel d.lgs. n. 155/2006,

*native, tra costituzione, regulation europea e scelte politico legislative nazionali in Riv. Trim. Dir. Econ.* n. 3/2016, pp. 251 ss.; di tale lavoro queste note riprendono il filo, raccogliendo le suggestioni di Alpa.

<sup>4</sup> Nella voce *Banca popolare* dell'*Enc. del Dir.*, Vol. V, Milano 1959.

<sup>5</sup> G. MINERVINI *Lo Stato e il fenomeno cooperativo* (1969), in AA.VV. *La riforma della legislazione sugli organismi cooperativi*, Milano 1970, p. 81.

<sup>6</sup> *Commento all'art. 45 in Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna 1980.

<sup>7</sup> V. BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 66 ss..

<sup>8</sup> A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Ed. Comunità, Milano 1963, p. 41 ss..

<sup>9</sup> T.E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) – diritto costituzionale in Enc. Dir. Annali II, Tomo II*, Milano 2008, p. 1133 ss..

sulle imprese sociali e poi nel Codice del terzo settore (d.lgs. n. 117/2017)<sup>10</sup>, al quale appartengono anche le cooperative.

In questo quadro l'argomento fondamentale per "ancorare" le banche cooperative – sia popolari che BCC – ad una funzione *lato sensu* costituzionale era, almeno sino alle due riforme del 2015 e del 2016, che esse debbono supportare la "società economica" di riferimento territoriale – artigiani, piccole imprese, ma anche giovani coppie, start up innovative, incubatori d'impresa, imprese sociali.

In questa condivisibile ottica la *funzione sociale* delle banche cooperative era quella di sostenere e promuovere il tessuto economico dell'*area territoriale di radicamento*.

E, convergentemente, Oppo<sup>11</sup> sottolineava che cooperativo è il credito, a prescindere dalla forma societaria, per azioni o cooperativa, della banca.

Per svolgere tale funzione, di rilevanza costituzionale, era ed è indispensabile che le banche cooperative – pur restando consustanziali alla "società economica" locale – siano gestite in modo sano e prudente, quindi redditivo, privilegiando il reinvestimento degli utili, e non si facciano condizionare da localismi clientelari (come purtroppo è accaduto ed accade).

Si sono usati i verbi al passato perché l'approvazione ed attuazione delle due riforme – delle popolari e delle BCC – non è sembrata favorire questo radicamento territoriale.

Anche un richiamo all'art. 47 Cost. ("*La Repubblica tutela il risparmio*"...) rischia di essere poco significativo ai fini dello specifico tema in quanto si può sostenere che le due successive riforme "di sistema", rispettivamente delle popolari e delle BCC, siano state approvate proprio per assicurare una maggior tutela del risparmio, alla luce, da un lato, delle gravi disfunzioni emerse di alcune banche popolari e cooperative, dall'altro, della necessità di adeguare il loro regime giuridico alla nuova regolazione europea e di far loro raggiungere la "massa critica" indispensabile per stare sul mercato europeo (pur se la grande dimensione non assicura automaticamente la competitività e , quindi, la stabilità)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> V. i capitoli iniziali di AA.VV. *Il codice del terzo settore*, a cura di M. GORGONI, Pisa 2017 e di AA.VV., *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, a cura di A. FICI, Napoli 2018.

<sup>11</sup> *Credito cooperativo* in AA.VV., *Le banche. Regole e mercato*, a cura di S. AMOROSINO, Milano 1995.

<sup>12</sup> A. BROZZETTI, «*Ending of too big to fail*» tra «*soft law*» e ordinamento bancario europeo, Bari 2018, p. 323.

### 3. La politica regolatoria europea

L'“*erompere del diritto comunitario*”<sup>13</sup> è sempre più determinante, soprattutto in campo bancario, nel quale la funzione delle regolamentazioni che si sono succedute negli anni, ordinate alla massima armonizzazione delle normative nazionali, ha registrato negli ultimi anni un *doppio salto di qualità* e di incisività:

- da un lato con l'espansione ed anche l'*ispessimento* della regolamentazione, di varia fonte, che si articola in regolamenti o direttive generali, seguiti da normative di secondo livello e da regole tecniche-operative;

- dall'altro con la creazione di istituzioni d'intervento diretto, dapprima l'Autorità Bancaria Europea, subito seguita e *sovrastata* dalle strutture (in *primis* la BCE ed il *Single Resolution Board*) e procedure dell'Unione Bancaria, alle quali spetta ormai la parte maggiore della supervisione – cioè dell'amministrazione di controllo del settore<sup>14</sup> – e delle risoluzioni bancarie.

E poiché la *regulation* è l'*insieme* di indirizzo politico, regolamentazione e supervisione, il settore bancario è, ad oggi, tra tutte le attività economiche, quello soggetto alla più incisiva regolazione europea.

Gli indirizzi europei più direttamente rilevanti ai fini dello specifico tema delle banche cooperative sono due:

- il primo è *quantitativo*: il robusto rafforzamento degli indicatori patrimoniali – peraltro non “neutrale”, ma asimmetrico – con l'applicazione di parametri patrimoniali molto precauzionali, in specie sulle sofferenze (che sono diffuse nelle banche cooperative). È una *regulation* essenzialmente volta alla prevenzione dei rischi di crisi;

- il secondo è *organizzativo*: alla tendenziale concentrazione della supervisione e della risoluzione si accompagna la spinta alla concentrazione e razionalizzazione del variegato scenario delle società bancarie, con la creazione di soggetti capaci di reggere ad una concorrenza “sconfinata”.

Sono entrambi *indirizzi politici* fortemente condizionanti per i due sottosistemi delle popolari e delle BCC., non solo per quanto riguarda la normazione, ma anche per ciò che concerne l'esercizio della funzione di supervisione da parte della BCE, sia nei casi di fusione (come s'è visto nel caso BPM/Banco Popolare), sia nelle situazioni “difficili” di numerose banche popolari, sia, infine, nelle acquisizioni di banche minori in situazioni critiche o liquidatorie.

È da rilevare che la Banca d'Italia si uniforma attivamente a tali indirizzi, diffondendoli verso i “piani bassi”, per così dire, del sistema bancario, ancora soggetti alla sua vigilanza.

---

<sup>13</sup> G. ALPA, *ibidem*.

<sup>14</sup> S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova 2016, p. 69 ss..

#### 4. *Gli indirizzi politici del legislatore italiano per la riforma del credito cooperativo*

La determinante europea e, al contempo, sul piano sostanziale, le disfunzioni di non pochissime banche cooperative, note all’Autorità di vigilanza, imponevano dunque al legislatore italiano di *riformare* i due sottosistemi – popolare e del credito cooperativo – e, in certa misura, ne hanno condizionato le scelte.

Peraltro al patrio legislatore residuava un ampio spazio di autonomia per quanto riguarda la scelta dei *modelli organizzatori* dei due sottosistemi.

In parole più semplici: nessuno obbligava il Governo (seguito pedissequamente dal Parlamento) ad imporre, per decreto legge, alle banche popolari “maggiori” la trasformazione in s.p.a.<sup>15</sup>, né a prefigurare, inizialmente, per le BCC, la costituzione di un’unica capogruppo in forma di spa bancaria, ad adesione obbligatoria (pur se a base formalmente contrattuale).

E, quanto al procedimento di formazione delle scelte legislative<sup>16</sup>, la riforma delle BCC ha avuto all’origine un *patto politico*, secondo la definizione di M.S. Giannini<sup>17</sup>, tra il governo ed i vertici dell’organizzazione “corporativa” del settore.

#### 5. *L'imposizione di una formula organizzatoria uniforme alle banche popolari*

Ai fini di queste note vengono in rilievo – più che le analisi specifiche delle singole disposizioni – le riflessioni sulla nuova *configurazione di sistema* del comparto delle banche popolari.

Su di esse si innestano e si integrano ulteriori riflessioni in un’ottica giuspubblicistica.

Anche sotto questo profilo acute notazioni di inquadramento vengono da Alpa, prima con il richiamo ai principi di derivazione comunitaria – proporzionalità, sussidiarietà, ragionevolezza e trasparenza – che dovrebbero ispirare la legislazione nazionale per uniformarla alla nuova regolazione

<sup>15</sup> Come rilevato criticamente da M. PELLEGRINI, *Il d.l. n. 3/2015. Un’occasione mancata per la ridefinizione della cooperazione di credito* in AA.VV. *La riforma delle banche popolari*, cit..

<sup>16</sup> G. NAPOLITANO, M. ABBRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, p. 163 ss..

<sup>17</sup> *Diritto amministrativo*, Milano 1993 Vol. I, p. 423 ss..

bancaria europea; successivamente con la considerazione che l'uniformazione passa per “*riforme che incidono su consolidate situazioni di vantaggi, limitano talune autonomie, introducono controlli di nuovo tipo, impongono obblighi di trasformazione*”<sup>18</sup>.

Alla luce di tale notazione Alpa esprime un ragionato consenso in ordine alle prescrizioni contenute nel d.l. n. 3/2015, convertito con l. n. 33/2015, che hanno imposto la trasformazione in s.p.a. delle popolari con un attivo superiore ad otto miliardi di euro; ciò sulla base della considerazione generale che “*le modifiche funzionali .... seguono l'abbandono di ogni riferibilità al valore causale proprio della cooperativa, ragion per cui la conservazione dell'originario schema organizzativo risulta essere fine a se stessa*”.

Di particolare rilievo è qui il riferimento ai due concetti correlati – di teoria generale e del diritto pubblico<sup>19</sup> – di *funzione* e di *organizzazione* (la quale dev'essere strumentale alla prima); ciò – unitamente alla determinante regolatoria europea, sempre più fondata su standard tecnici “precauzionali” – legittima la scelta del legislatore italiano.

E, dunque, il potere (in questo caso legislativo) di conformazione<sup>20</sup> ben poteva imporsi all'autonomia, cioè al *potere*<sup>21</sup> privato di autoorganizzazione.

L'incidenza di questa impronta pubblicistica si avverte in buona parte dei contributi degli studiosi che si sono occupati della riforma delle popolari<sup>22</sup>.

Fermo questo presupposto, e ricordata la libertà di scelta del legislatore circa le modalità di dare attuazione agli indirizzi uniformanti europei (che appaiono rispondenti ai richiamati principi di proporzionalità e ragionevolezza), si pone al giuspubblicista qualche problema.

In primo luogo *procedurale (ex ante)*.

<sup>18</sup> G. ALPA, *La riforma*..... cit., p. 131.

<sup>19</sup> Tali “importazione” non era sfuggita a P. FERRO-LUZZI, *Le operazioni con parti correlate infragruppo* in *Scritti in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano 2011.

<sup>20</sup> Sulla nozione dogmatica di “conformazione” v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, p. 181 ss..

<sup>21</sup> Piace ricordare R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano 1962, p. 19 ss..

<sup>22</sup> M. CARLIZZI, *Osservazioni intorno alla riforma delle banche popolari*, in *Riv. Dir. Comm. e Dir. Obbl.* n.1/2016, p. 43 ss.; C. CORVESE, *Commento al d.l. n. 3/2015. Parte prima: La riforma delle banche popolari*, in *Dir. Banca e Merc. Finanz.*, n. 30/2016, II, p. 7 ss.; C. FIENGO, *Il riassetto della disciplina delle banche popolari* in *Giur. Comm.*, n. 2/2016, I, p. 234 ss.; G.F. GARGIULO, *La disciplina delle banche popolari. Dalle origini alla riforma della legge n. 33/2015*, Milano 2015; F. MAZZINI, *La riforma delle banche popolari* in *Dir. Banca Merc. Finanz.*, n.2/2015, II, p. 39 ss.; E. RICCIARDELLO, *La riforma delle banche popolari nella legge di conversione del d.l. 24 gennaio 2015, n. 3 tra capitalismo ed esigenze di vigilanza uniforme* in *Banca Impr. Soc.*, n.1/2016, p. 141 ss.; G. ROMANO, V. SANTORO, *L'ultimo atto della riforma delle banche popolari* in *Le nuove leggi civ. comm.*, n. 2/2016, p. 210 ss.; G. SAPELLI, *La riforma delle Popolari? È incostituzionale*, al sito [www.avvenire.it](http://www.avvenire.it).

È stato legittimo il ricorso al decreto legge per varare la riforma?

La Corte costituzionale, con sentenza n. 99/2018, ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per il ricorso alla decretazione d'urgenza, ma non ha dissipato tutti i dubbi<sup>23</sup> in proposito.

In *secondo* luogo *organizzative*: le procedure attuative della riforma si svolgono secondo le istruzioni operative e sotto la vigilanza della Banca d'Italia.

Sta di fatto, tuttavia, che le popolari trasformate in s.p.a. sono, di norma, banche "significative" e sono quindi soggette alla supervisione della BCE.

Si pone, quindi, un problema di coamministrazione e di coordinamento tra le due Autorità, con la BCE in posizione sovraordinata.

In *terzo* luogo si è posto il problema *sostanziale* della costituzionalità della previsione normativa della possibilità di limitare (nella misura) e differire (nel tempo) – in entrambi i casi sino all'astratta possibilità di "svuotarlo" – il diritto al rimborso dei soci recedenti delle banche popolari in occasione della trasformazione in s.p.a..

La relativa disposizione, inserita come comma 2 *ter* nell'art. 28 del T.U.B.<sup>24</sup>, è stata ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte (lasciando, anche sotto questo profilo, più di qualche dubbio).

## 6. Il raggruppamento "coattivo" delle BCC

Anche la riforma delle BCC ha sollevato numerosi rilievi critici<sup>25</sup>.

Il *primo* riguarda la rispondenza al principio di *proporzionalità* della scelta iniziale di prevedere una sola capogruppo ad adesione obbligatoria (mentre aggregazioni su basi regionali sarebbero state forse sufficienti a sottrarre le BCC ai "condizionamenti" localistici).

È di immediata evidenza la *correlazione avversa* tra la prefigurazione iniziale di un'unica capogruppo bancaria (s.p.a.) ed il radicamento territoriale

<sup>23</sup> E. DE CHIARA, *Rinvio e limitazione del rimborso in caso di recesso e poteri normativi della Banca d'Italia*, in *Le Società* n. 7/2018, p. 830 ss.; S. AMOROSINO, *Corte costituzionale e rimborso dei soci recedenti delle banche popolari: determinante regolatoria europea e interrogativi irrisolti* in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it) (maggio 2018).

<sup>24</sup> F. CAPRIGLIONE, *Commento all'art. 28 in AA.VV., Commento al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, IV ed., Padova 2018, Tomo I, p. 303 ss..

<sup>25</sup> M. LAMANDINI, *Nuove riflessioni sul gruppo cooperativo bancario regionale* in *Giur. Comm.* 2015, I, p. 56 ss. e M. PELLEGRINI, *La funzione delle BCC in un mercato in trasformazione: ipotesi di riforma e specificità operativa*, relazione al Convegno *L'autoriforma delle banche di credito cooperativo*, in *Riv. Trim. Dir. Ec.*, Supplemento al n. 4/2015 – Febbraio 2016.

delle BCC.

Le vivaci resistenze di molte BCC nei confronti della soluzione unica “preconfezionata” hanno faticosamente condotto, nel 2018, alla costituzione di due capogruppo “nazionali” e di una “locale”, in Trentino Alto Adige.

La posizione al vertice del sistema di due capogruppo bancarie, dotate di inediti poteri di ingerenza sulle “raggruppate”, certamente non favorisce il radicamento territoriale diffuso delle BCC.

Si conferma, quindi, il forte rischio di indebolimento della loro *funzione consustanziale* di sostegno e promozione (purché all’esito di un corretto processo del credito) della “società economica” locale.

Il *secondo* profilo critico riguarda l’accennato “percorso negoziale” – tra i vertici “corporativi” delle BCC ed il Governo – che ha condotto alla individuazione della formula organizzatoria di sistema. Com’è stato giustamente rilevato<sup>26</sup> la risultante dell’accordo è una sorta di neodirigismo “a doppio corpo”, pubblicistico e privatistico.

Sul *versante pubblicistico* in relazione ai poteri di regolazione transitoria conferiti al Ministero dell’Economia ed alla Banca d’Italia (cui resta attribuita una funzione permanente di regolamentazione secondaria e terziaria).

Sul *versante privatistico* per la configurazione egemonica, nel contratto di coesione, delle capogruppo bancarie s.p.a. nei confronti delle BCC obbligatamente aderenti.

La formula organizzatoria del subsettore delle BCC, nella configurazione scaturita dalla travagliata attuazione della riforma, ha formato oggetto di numerosi studi ed approfondimenti<sup>27</sup>.

Ci si limita, quindi, a qualche rapida notazione nell’ottica, propria del giuspubblicista, *dei modelli organizzatori* di questa categoria di banche, nei quali sembrano confluire istituti del diritto amministrativo e del diritto

---

<sup>26</sup> M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo tra autoriforma e neo dirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo in L'autoriforma ...cit.*.

<sup>27</sup> Un panorama completo è in I. SABATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari 2017, *passim*; per un inquadramento nella tematica dei gruppi A. SACCO GINEVRI, *La nuova regolazione dei gruppi bancari*, Torino 2017, p. 206 ss.; ampie sintesi in M. PELLEGRINI, *Commento all'art. 33 (Banche Cooperative)* e F. CAPRIGLIONE – A. SACCO GINEVRI, *Commento all'art. 37 bis (Gruppo Bancario Cooperativo)* in AA.VV., *Commentario...cit.*; R. SANTAGATA, *“Coesione” ed autonomia nel gruppo bancario cooperativo* in B.B.T.C. 2017, I; M. SEPE, *Il tramonto delle banche cooperative* in Giustiziacivile.com, 2016, n. 4; M. LAMANDINI, *Il gruppo bancario alla luce delle recenti riforme* in B.B.T.C. 2016, I, p. 685 ss.; sulla capogruppo bancaria V. TROIANO, *Commento all'art. 61 (Capogruppo)* in *Commentario...cit.*, p. 734 ss., come pietra di paragone rispetto alla “specialità” della capogruppo “cooperativa”.

societario<sup>28</sup>.

Si può iniziare da due constatazioni:

I) se il regime giuridico delle società bancarie (e dei gruppi bancari) è *speciale* (rispetto a quello delle società nel codice civile), la disciplina societaria delle BCC (e del Gruppo Cooperativo) è *specialissima* in quanto determinata in gran parte da scelte *eteronome*, che lasciano uno spazio invero ridotto all'autonomia organizzativa e funzionale degli enti privati;

II) il modello imposto, molto centralizzato, è fondato sull'adesione obbligatoria delle BCC a capogruppo bancarie, costituite – per disposto normativo – in forma di s.p.a., le quali si caratterizzano per una sovraordinazione quasi gerarchica, sulle partecipanti, innervata da istituti di assonanza amministrativistica.

La constatazione *sub I*) è *oggettiva*: la disciplina della capogruppo (in forma di s.p.a.) è caratterizzata da un “*doppio grado di separazione*” – per parafrasare il titolo di un famoso film americano: il primo rispetto alla disciplina dei gruppi di società<sup>29</sup> ed il secondo rispetto alla disciplina stessa dei gruppi bancari.

La doppia “separazione” è dovuta alla scelta legislativa, integrata dalla regolamentazione di Banca d'Italia, di configurare un modello piramidale con al vertice la s.p.a. capogruppo.

La constatazione *sub II*) si fonda su un concorso di elementi: la capogruppo è retta da un contratto associativo di *fonte legale*, nel duplice senso che è imposto e che il suo contenuto organizzatorio è predeterminato dall'art. 37 *bis*, comma 3, del TUB, il quale prefigura un'inedita sovraordinazione della capogruppo rispetto alle BCC aderenti.

Quanto al primo profilo l'adesione è obbligatoria ed è condizione per la conservazione dell'autorizzazione bancaria.

Quanto al secondo profilo il contratto è qualificato “*di coesione*”, ma appartiene in realtà alla specie dei *contratti di dominio debole*<sup>30</sup> ed alcuni

<sup>28</sup> S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia...*cit., p. 35 ss..

<sup>29</sup> D.U. SANTOSUOSSO, voce *Gruppi di società* in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, vol. 7, Milano 2007, p. 2014 ss.

<sup>30</sup> La peculiare conformazione del contratto “di coesione” ad opera di norme speciali consente di “scavalcare”, nel caso di specie, la questione generale dell'ammissibilità del contratto di dominio debole nel nostro ordinamento. La legittimità di contratti diretti a costituire un gruppo “verticalizzato” è sostenuta da studiosi come P. MONTALENTI, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi* in *Riv. Soc.* 2007, p. 230 e U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano 2010, p. 181; l'ammissibilità – in generale – di un gruppo cooperativo gerarchico è riconosciuta in dottrina da P. AGSTNER, *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Torino 2017, p. 12 ss..

elementi essenziali del suo contenuto precettivo sono dettati direttamente dal legislatore<sup>31</sup> nel sopra citato art. 37 *bis* del TUB (introdotto dalla riforma del 2016).

Il potere della s.p.a. capogruppo è in realtà un potere di *direzione* in senso forte ed il coordinamento non è paritario; ambedue si concretano in un controllo continuo (una sorta di *vigilanza*) sulle BCC raggruppate, che prevede finanche l'autorizzazione preventiva della capogruppo sulle scelte strategiche e l'articolazione territoriale.

L'autonomia imprenditoriale delle BCC è compressa dal dirigismo della capogruppo, che giunge al previo gradimento degli amministratori nominandi ed al potere di *removal* degli stessi.

In sintesi: vi è un'evidente *dominanza* della capogruppo cui sono assegnate funzioni: strategiche di gruppo; di direzione dell'attività delle BCC raggruppate; di vigilanza sulla loro *compliance* alle prescrizioni regolamentari e contrattuali; di autorizzazione preventiva delle scelte strategiche delle singole banche, nonché di decisione/sostituzione circa la composizione della *governance* e di sostituzione di essa.

È di immediata evidenza l'assonanza, se non l'"importazione", di modelli ed istituti di origine amministrativistica<sup>32</sup>, ma del diritto amministrativo autoritativo, non di quello consensuale<sup>33</sup>.

Sono, infatti, formule ed istituti tipici dell'organizzazione dei poteri amministrativi e della regolazione delle attività private:

- la direzione dell'attività delle BCC ed il coordinamento sovraordinato<sup>34</sup>;
- l'invasiva conformazione regolatoria dell'impresa bancaria cooperativa;
- l'obbligatorietà *ex lege* dell'adesione al gruppo bancario cooperativo (tipico procedimento *ablatorio* costitutivo di obbligazione patrimoniale<sup>35</sup>);
- i poteri di controllo continuativo – *id est* di vigilanza (privata) – informativi e "correttivi" della capogruppo nei confronti delle BCC raggruppate, in particolare per quanto riguarda la *governance* e la compressione della loro autonomia nella determinazione delle scelte strategiche e delle linee di sviluppo territoriale<sup>36</sup>; poteri "compensati" da un "cross guarantee

<sup>31</sup> Piace ricordare il lavoro, fondativo, del maestro di Alpa, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969 (rist. 2004).

<sup>32</sup> Sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *L'amministrativizzazione del diritto delle imprese* in Id. *Diritto dell'economia pubblico e privato*, Sapienza Università Editrice, Roma 2012, p. 29 ss..

<sup>33</sup> G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, III ed., Torino 2017.

<sup>34</sup> E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova 2018, p. 173 ss..

<sup>35</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano 1993, Vol. II, p. 768 ss..

<sup>36</sup> S. VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori*, Vol. IV del *Trattato di diritto amministrativo*, Padova 1996.

*scheme*”, vale a dire da un meccanismo solidaristico di garanzie incrociate tra la s.p.a. capogruppo e le BCC.

Sono tutti elementi significativi di una sorta di “amministrativizzazione” dei rapporti tra la capogruppo e le BCC, talora per disposto normativo o regolamentare, ma il più delle volte su base contrattuale “obbligata”.

Tutto ciò concorre a configurare la s.p.a. capogruppo come una sorta di organismo complementare dell’Autorità di vigilanza.

I contrasti ed i conseguenti ritardi nella costituzione delle s.p.a. capogruppo hanno indotto taluno<sup>37</sup> ad ipotizzare una sostanziale “riforma della riforma” delle BCC, che ne invertisse, per così dire, la traiettoria.

Tale “inversione” si è rivelata impraticabile sul piano politico: dopo aspri contrasti le BCC hanno ormai compiuto le loro scelte aggregative “a macchia di leopardo”, dando vita a due società capogruppo “nazionali” (oltre a quella “altoatesina”) e si oppongono, perciò, ad ogni ipotesi “controriformistica”, pur continuando a lamentare l’eccessiva compressione della loro autonomia.

D’altronde anche la BCE e la Banca d’Italia ritengono che una rimessa in discussione dell’“architettura di sistema” nuocerebbe alla stabilità del subsettore ed all’indispensabile risanamento, “vigilato” dalle capogruppo, di alcune banche locali.

Si spiega, quindi, perché il governo abbia necessariamente scelto la via di una rivisitazione di portata limitata, all’insegna di un moderato rafforzamento del ruolo delle BCC, nell’ambito e nei confronti della s.p.a. capogruppo.

Per ciò che concerne il ruolo delle BCC aderenti *nella governance* della società copogruppo si ricorda che la riforma del 2016 aveva previsto che, *tutte insieme*, esse dovessero detenere in essa una partecipazione “maggioritaria”.

Affinché a tale partecipazione corrisponda il *controllo* della capogruppo occorre, tuttavia, che tutte le BCC, in forza di un patto parasociale, agiscano unitariamente.

In caso contrario il controllo ben può essere esercitato da uno o più dei soci “*non cooperativi*” della s.p.a., con la probabile conseguenza di scelte strategiche di gruppo meno sensibili ai valori ed interessi dei territori “di riferimento”.

Il d.l. n. 91/2018 convertito con legge n.108/2018 è intervenuto sulla questione disponendo che la partecipazione complessiva delle BCC al capitale della capogruppo sia “*almeno del 60%*”, aggiungendo: “*Lo statuto della capogruppo stabilisce che i componenti dell’organo di amministrazione*

<sup>37</sup> F. CAPRIGLIONE, *La riforma delle BCC al vaglio del nuovo governo* in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), giugno 2018.

*espressione delle BCC aderenti al gruppo siano pari alla metà più due del numero di consiglieri di amministrazione”.*

Le due disposizioni riducono, pur se non eliminano, la possibilità che il controllo della capogruppo possa essere assunto da uno o più azionisti finanziari “non cooperativi”; ciò in quanto le singole BCC, al di là di una certa solidarietà “corporativa”, ben possono avere – per localizzazione geografica, dimensioni e situazioni patrimoniali – interessi e prospettive tra loro differenti.

Il *secondo nodo*, assai delicato, su cui è intervenuto il d.l. n. 91/2018, riguarda i rapporti – regolati dal contratto “*di coesione*” – tra la s.p.a. capogruppo e le società cooperative, aderenti al gruppo.

Sotto questo profilo le modifiche introdotte appaiono abbastanza significative<sup>38</sup>.

All’art. 37 *bis*, comma 3 – giusta il quale: “*Il contratto di coesione che disciplina la direzione e il coordinamento della capogruppo sul gruppo indica:*” – è stato specificato, alla lettera *b*), che i poteri della capogruppo [devono essere esercitati] non solo “*nel rispetto delle finalità mutualistiche*”, com’era già previsto, ma anche “*del carattere localistico delle banche di credito cooperativo*”.

La *ratio* della disposizione è di tipo *conformativo*, nel senso che la disciplina contrattuale (dell’esercizio) dei poteri di direzione e coordinamento trova *ex lege* un *parametro* ed un *limite* nel rispetto dei caratteri di mutualità e di funzionalità all’economia locale delle BCC.

È un caso esemplare di integrazione normativa del contenuto del contratto “di coesione” mediante l’introduzione di una *clausola generale*<sup>39</sup> limitativa degli amplissimi poteri attribuiti, dal legislatore stesso, alla capogruppo.

La clausola generale che la novella legislativa ha prescritto di inserire nel contratto di coesione è una formula, o norma, elastica<sup>40</sup>, suscettibile di concreta applicazione ogni qual volta l’esercizio dei molteplici poteri della capogruppo, di cui all’art. 37 *bis*, comma 3, lett. *b*), venga concretamente a ledere – ad esempio con strategie finanziarie o scelte di amministratori – la “base” mutualistica ed il radicamento territoriale di una BCC.

La disposizione legittima le BCC aderenti alla spa a proporre azione di accertamento dell’*illiceità* delle decisioni della capogruppo che siano lesive

<sup>38</sup> Contrariamente a quanto ritiene F. CAPRIGLIONE, *Riforma BCC e la paura del «too small to fail»*, La Repubblica – Affari e Finanza – 30 luglio 2018, il quale ripropone una “controriforma generale” della legge n. 49/2016 la cui approvazione appare invero irrealistica.

<sup>39</sup> E. FABIANI, voce *Clausola generale* in *Enc. Dir. – Annali V*, Milano 2012, pp. 187 ss..

<sup>40</sup> v. S. RODOTÀ, *Le clausole generali* in *I contratti in generale*, diretto da G. ALPA e M. BESSONE, Torino 1991, vol. I, p. 392.

della loro natura mutualistica e del radicamento territoriale locale, nonché – ove le decisioni stesse abbiano prodotto danni dimostrabili – anche a proporre azione risarcitoria.

Riguarda i poteri della capogruppo anche il comma 3 *bis* dell'art. 37 *bis* del T.U.B. – introdotto dal d.l. n. 91/2018 – il quale dispone che “*Con atto della capogruppo è disciplinato il processo di consultazione delle banche di credito cooperativo aderenti al gruppo in materia di strategie, politiche commerciali, raccolta del risparmio ed erogazione del credito nonché riguardo al perseguimento della finalità mutualistica. Al fine di tener conto delle specificità delle aree interessate la consultazione avviene mediante assemblee territoriali delle BCC, i cui pareri non sono vincolanti per la capogruppo*”.

In buona sostanza la *novella* ha confermato anche l'*autonomia organizzatoria* della capogruppo imponendole di regolamentare una *procedura partecipativa* delle BCC, articolata per ambiti territoriali, all'elaborazione degli indirizzi relativi alle tematiche d'apice.

È evidente l'analogia con l'acquisizione delle valutazioni degli interessati nel procedimento amministrativo (nel caso in esame: mediante una partecipazione in forma assembleare, un *hearing* in contraddittorio).

I pareri raccolti nelle assemblee territoriali “*non sono vincolanti*”, ma debbono essere presi in esame e valutati nel merito.

Con la conseguenza che nell'autoregolamentazione della procedura, da adottarsi dalla capogruppo, dovrà essere previsto che quest'ultima sia tenuta a *motivare* l'eventuale *contrario avviso* rispetto ai pareri ricevuti.

È, infatti, da ritenere applicabile – per l'analogia della funzione partecipativa – il principio generale di cui all'art. 10 della legge n. 241/1990 e s.m.i., che disciplina l'azione amministrativa<sup>41</sup>. Anche sotto questo profilo le deliberazioni della capogruppo carenti di motivazione possono essere impugnate dalle BCC interessate innanzi al giudice ordinario, affinché ne accerti l'illiceità.

Sono, infine, da segnalare due disposizioni: una di tipo “premiare”, per le BCC più “virtuose” e l'altra di attribuzione al Consiglio dei Ministri delle eventuali variazioni, rispetto al 60% “codificato”, della soglia di partecipazione delle banche cooperative al capitale della capogruppo.

Il comma 3 *ter*, dell'art. 37 *bis* del TUB, introdotto dal d.l. 91/2018, riconosce alle BCC che si collocano nelle “*classi di rischio migliori*” (nel sistema di classificazione del rischio adottato dalla capogruppo) una maggiore autonomia nel definire i propri piani strategici (nel quadro degli indirizzi di

<sup>41</sup> P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento* in AA.VV., *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2017, p. 629 ss..

gruppo) e nel nominare i componenti dei propri organi di amministrazione e controllo (e, in caso di mancato gradimento della capogruppo, nell'indicare una terna di nomi alternativi per ciascun designato "sgradito").

Al fine di assicurarne l'idoneità e la oggettività il sistema di classificazione del rischio previsto nel contratto di coesione [ma che, in realtà, può essere definito anche successivamente] dev'essere preventivamente approvato dalla Banca d'Italia.

Da ultimo il comma 7 – modificato – dell'art. 37 *bis* riserva al Consiglio dei Ministri, su proposta del MEF, sentita la Banca d'Italia, il potere di modificare la soglia di partecipazione delle BCC al capitale della capogruppo, in funzione delle esigenze di stabilità del gruppo.

È una norma *aperta* ed, al contempo, un'avocazione alla decisione politica di governo di un elemento sensibile quale la soglia partecipativa.

In conclusione – se non ci si pone nell'abusata logica del "benaltrismo" ("*ben altro sarebbe necessario per risolvere il problema*") – le modifiche, pur limitate, meritano un moderato apprezzamento.