

COMMISSIONE STUDI D'IMPRESA

Studio n. 5617/I

Gaetano Petrelli

LE BANCHE COOPERATIVE NELLA RIFORMA DEL DIRITTO SOCIETARIO

Approvato dalla Commissione studi d'impresa il 25 febbraio 2005

* Pubblicato in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, Milano 2005, 1, p. 403.

SOMMARIO: 1. PREMESSA: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA RECENTE IN MATERIA DI BANCHE COOPERATIVE. - 2. LE NORME IN TEMA DI COOPERAZIONE INAPPLICABILI A TUTTE LE BANCHE COOPERATIVE. - 3. LE NORME IN TEMA DI COOPERAZIONE APPLICABILI A TUTTE LE BANCHE COOPERATIVE. - 4. LO SCOPO MUTUALISTICO DELLE BANCHE COOPERATIVE. PROFILI GENERALI. - 5. LE BANCHE DI CREDITO COOPERATIVO: LO SCOPO MUTUALISTICO E LA MUTUALITÀ PREVALENTE. - 6. LO SCOPO MUTUALISTICO DELLE BANCHE POPOLARI. - 7. LA DISCIPLINA APPLICABILE ALLE BANCHE DI CREDITO COOPERATIVO. - 8. LA DISCIPLINA DELLE BANCHE POPOLARI. - 9. GLI ADEGUAMENTI STATUTARI E LA DISCIPLINA TRANSITORIA. - 10. L'ALBO DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE. - 11. LE TRASFORMAZIONI E LE FUSIONI ETEROGENEE.

1. Premessa: l'evoluzione della normativa recente in materia di banche cooperative.

La recente riforma del diritto societario incide - in misura non irrilevante - sulla disciplina delle banche cooperative, la cui regolamentazione è collocata principalmente negli artt. 28 e seguenti del d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia), come modificato dal d. lgs. 4 agosto 1999 n. 342; e come ulteriormente modificato dai decreti correttivi della riforma societaria (d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, e da ultimo d. lgs. 28 dicembre 2004 n. 310).

L'art. 5, ultimo comma, della legge delega 3 ottobre 2001 n. 366 esclude dall'ambito di applicazione del medesimo art. 5 (relativo alla riforma della disciplina delle società

cooperative) "le banche popolari, le banche di credito cooperativo e gli istituti della cooperazione bancaria in genere", facendo unicamente "salva l'emanazione di *norme di mero coordinamento che non incidano sui profili di carattere sostanziale della relativa disciplina*". In attuazione di tale previsione, il legislatore delegato era intervenuto una prima volta, con il d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 6, introducendo nelle disposizioni di attuazione del codice civile l'art. 223-terdecies, a norma del quale "Le banche di credito cooperativo che rispettino le norme delle leggi speciali sono considerate cooperative a mutualità prevalente. Alle banche popolari, alle banche di credito cooperativo ed ai consorzi agrari continuano ad applicarsi le norme vigenti alla data di entrata in vigore della legge n. 366 del 2001" (cioé vigenti alla data del 23 ottobre 2001). La disposizione, soprattutto nel suo secondo comma, aveva peraltro dato origine a consistenti dubbi interpretativi. Da un lato, si discuteva se dovesse applicarsi alle banche cooperative l'intera disciplina codicistica "ante riforma", anche per i profili non coinvolti dalla nuova disciplina della mutualità cooperativa ¹, eventualmente anche per le banche cooperative di nuova costituzione ²; ovvero se le nuove norme del codice dovessero comunque applicarsi alle suddette banche, a norma dell'art. 2520, comma 1, c.c., nei limiti della compatibilità ³. D'altra parte, la disposizione di attuazione non appariva del tutto conforme, almeno nella sua dizione letterale, alla previsione della legge delega, la quale a rigore esclude soltanto l'applicazione, alle banche cooperative, dell'art. 5 - e quindi delle nuove norme sulle cooperative - ma non delle restanti parti della riforma societaria (quelle, in particolare, relative alla società per azioni, le cui disposizioni - sia per la nuova che per la vecchia normativa - si applicano residualmente alle cooperative bancarie; nonché le nuove norme di diritto processuale e penale societario) ⁴. I gravi dubbi

¹ In questo senso, sia pur dubitativamente, OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 754 ss., 756 ss.; nonché BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano 2004, p. 20; SCIUMBATA, *Società, banche ed intermediazione finanziaria: norme di coordinamento*, Milano 2004, p. 78; IENGO, *La mutualità cooperativa*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, Milano 2003, p. 15; VECCHI, *Commento all'art. 2520*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di Bonfante, Corapi, Marziale, Rordorf e Salafia, Milano 2004, p. 1437.

² SCIUMBATA, *Società, banche ed intermediazione finanziaria: norme di coordinamento*, cit., p. 32, nota 1.

³ AGOSTINI, *Le banche di credito cooperativo e i ristorni*, in *Coop. e consorzi*, 2004, p. 371; SABADINI, *La funzione sociale, gli enti esclusi, i tipi di cooperative*, in *La riforma delle società cooperative*, a cura di Genco, cit., p. 46-47.

⁴ CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova 2003, p. 218 ss., spec. p. 249 ss. Per una critica a tale lettura, SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, p. 613. Di fatto, il recente d. lgs. n. 310/2004 ha risolto il problema suddescritto, innanzitutto con analitiche previsioni in ordine alle nuove norme del codice civile applicabili; mentre, abrogando il vecchio testo dell'art. 223-terdecies disp. att. c.c., elimina il contrasto con la previsione della

ingenerati da tale oscura disciplina hanno indotto il legislatore delegato ad intervenire nuovamente. In un primo momento, l'art. 9.13 del d. lgs. n. 37/2004 ha modificato l'art. 28 del d. lgs. n. 385/1993, introducendovi il seguente comma *2-bis*: "Ai fini delle disposizioni fiscali di carattere agevolativo, sono considerate cooperative a mutualità prevalente le banche di credito cooperativo che rispettano i requisiti di mutualità previsti dall'articolo 2514 del codice civile ed i requisiti di operatività prevalente con soci previsti ai sensi dell'articolo 35 del presente decreto". Quindi, con il d. lgs. n. 310/2004, sono state dettate una serie di nuove disposizioni che - interpretando in modo più "coraggioso" la legge delega⁵ - risolvono i suindicati problemi, pur aprendone nel contempo di nuovi. In particolare, l'art. 37 del d. lgs. n. 310/2001 ha sostituito l'art. 223-*terdecies* disp. att. c.c., che ora testualmente dispone, con riferimento alle banche in esame: "Alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo si applica l'articolo 223-*duodecies*; il termine per l'adeguamento degli statuti alle nuove disposizioni inderogabili del codice civile è fissato al 30 giugno 2005. Entro lo stesso termine le banche cooperative provvedono all'iscrizione presso l'Albo delle società cooperative". Il successivo art. 38 introduce nel testo unico bancario, d. lgs. n. 385/1993, l'art. 150-*bis*, che enumera in dettaglio le norme codicistiche, relative alle cooperative, inapplicabili a tutte le banche cooperative, ovvero ad una categoria di esse; consentendo - in negativo - l'enucleazione di una *nutrita serie di norme codicistiche che - non essendo espressamente dichiarate inapplicabili - dovrebbero essere in linea di principio riferibili anche alle banche cooperative*. Già, peraltro, da un sommario esame di queste ultime si evince il carattere innovativo dell'approccio del legislatore del 2004, ben più incisivo rispetto a quello del legislatore del 2003; se si raffrontano tali nuove disposizioni con il contenuto dell'art. 5 della legge delega, emerge come buona parte di esse siano in realtà attuazione dei principi del suddetto art. 5: basti pensare, per tutte, alle disposizioni concernenti il *favor* per lo scopo mutualistico e la valorizzazione dei relativi istituti, compreso il ristorno; il

legge delega, e rende ancor più plausibile la lettura che propugna l'applicabilità alle banche cooperative del nuovo diritto processuale societario (d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5), e del nuovo diritto penale societario (d. lgs. 11 aprile 2002 n. 61).

⁵ Dalla relazione allo schema di decreto legislativo n. 310/2004 emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di rendere applicabili alle banche cooperative le disposizioni codicistiche novellate, "con le eccezioni conseguenti alla esclusione delle nuove disposizioni civilistiche *sostanzialmente incompatibili con la relativa disciplina speciale*"; sempre con le parole del relatore, "si sono individuate, tra le disposizioni della riforma emanate ai sensi dell'articolo 5 della citata legge n. 366 del 2001, *quelle che inciderebbero su profili di carattere sostanziale della disciplina speciale delle banche cooperative* e, nel rispetto dell'esclusione dalla delega, se ne è eccettuata l'applicazione, ferma restando l'applicabilità di tutte le altre norme riformate". Si è data, quindi, dell'ultimo comma dell'art. 5 della legge delega, una lettura "restrittiva", che individua come inapplicabili solo *le nuove norme in tema di cooperative incompatibili con la disciplina bancaria*.

favor per la partecipazione dei soci cooperatori alle deliberazioni assembleari; la riserva delle agevolazioni fiscali alle cooperative a mutualità prevalente; la disciplina del gruppo cooperativo paritetico; la limitazione al lucro soggettivo dei soci cooperatori; la possibilità che una parte degli amministratori possano essere non soci. Le norme codicistiche che riguardano i suddetti profili sono state riformate proprio in attuazione dei principi dettati dall'art. 5 della legge n. 366/2001, e tuttavia il legislatore delegato del 2004 ha ritenuto di non dichiararle espressamente inapplicabili alle banche cooperative. Scelta forse discutibile, che potrebbe far ipotizzare un eccesso di delega, dato che l'ultimo comma dell'art. 5 autorizzava l'emanazione di "norme di *mero* coordinamento", che lasciassero invariati i "profili di carattere sostanziale della relativa disciplina". Non è questa la sede per analizzare in dettaglio il profilo in esame; certo è che - nell'interpretazione delle disposizioni del d. lgs. n. 310/2004 - occorre da un lato tener presente il criterio interpretativo in base al quale, ove la norma di un decreto delegato dia luogo a dubbi esegetici, la prevalenza deve essere accordata all'interpretazione adeguatrice al precetto costituzionale che esige la conformità della legge delegata ai criteri direttivi della legge di delega ⁶; d'altra parte, nella misura in cui la lettera delle norme delegate sia sufficientemente univoca, eventuali dubbi di incostituzionalità per eccesso di delega non esimono l'operatore del diritto dall'applicazione delle norme medesime, fin quando le stesse non siano state dichiarate costituzionalmente illegittime.

Fatta la superiore premessa metodologica, è ora necessario analizzare singolarmente le suddette prescrizioni normative, cercando in particolare di individuare - per esclusione rispetto a quanto disposto dall'art. 150-*bis* del t.u.b. - quali sono le norme codicistiche in materia di cooperazione che risultano effettivamente applicabili alle banche cooperative; e quindi verificare le implicazioni sistematiche che ne derivano, con particolare riferimento ai profili della mutualità, da sempre oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza.

2. Le norme in tema di cooperazione inapplicabili a tutte le banche cooperative.

Tra le norme che il nuovo art. 150-*bis* del t.u.b. dichiara inapplicabili a tutte le banche cooperative non si rinvengono - e ciò potrebbe apparire a prima vista sorprendente - proprio le disposizioni maggiormente qualificanti sotto il profilo della mutualità, che pure probabilmente costituiscono la principale innovazione della riforma del 2003. Fa

⁶ Cass. 12 luglio 1984 n. 4092, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Legge*, n. 23.

eccezione l'art. 2513 c.c., che è espressamente dichiarato inapplicabile a tutte le banche cooperative: si tratta della disposizione che fa obbligo agli amministratori ed ai sindaci di documentare nella nota integrativa al bilancio la condizione di prevalenza nell'attività con i soci, secondo i parametri ivi distintamente indicati per le cooperative di consumo, di servizi, di lavoro, di produzione e agricole di conferimento. La disapplicazione dell'art. 2513 si giustifica, quanto alle banche popolari, per la radicale inapplicabilità della disciplina della mutualità prevalente, come sarà meglio evidenziato nel prosieguo; e, quanto alle banche di credito cooperativo, per la presenza di una speciale disciplina sul punto nell'art. 35 del testo unico bancario.

Non si applicano alle banche cooperative tutte le disposizioni codicistiche relative ai *soci finanziatori* ed agli *strumenti finanziari* (artt. 2346, comma 6; 2349, comma 2; 2526: 2538, comma 2, secondo periodo; 2541; 2544, comma 2, primo periodo, e comma 3; 2545-*quinquies* c.c.). Tale esclusione si pone in linea di continuità con la disciplina previgente: gli istituti dei soci sovventori e delle azioni di partecipazione cooperativa non trovavano, infatti, applicazione né alle banche di credito cooperativo (poiché gli artt. 4 e seguenti della legge n. 59/1992 non erano richiamati dall'art. 21, comma 3, della medesima legge), né alle banche popolari (causa la radicale inapplicabilità a queste ultime dell'intera legge n. 59/1992, giusta la previsione del comma 8 del suddetto art. 21). Nonostante qualche dubbio espresso in dottrina ⁷, sulla opportunità della suddetta esclusione concorda la dottrina prevalente ⁸, anche se non è agevole individuarne la giustificazione. Anche perché l'emissione di obbligazioni è stata sempre ritenuta ammissibile nelle banche cooperative ⁹. La suddetta opzione è stata ribadita dal

⁷ OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 469; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 663.

⁸ Per l'esclusione delle azioni di sovvenzione e di partecipazione cooperativa nelle banche cooperative, cfr. BASSI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 458; SANTORO, *Commento all'art. 37*, cit., p. 567; MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, I, p. 592 (il quale ritiene che agli azionisti che non usufruiscono dei servizi della banca popolare "può attribuirsi, di fatto, la stessa funzione assegnata dal legislatore ai soci sovventori nelle "altre" cooperative e vale a dire di consentire alla società che usufruisce del loro apporto di capitali di rafforzare il proprio patrimonio"); MARASA', *Le banche cooperative*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, I, p. 531 e 535; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 217 ss. (che motiva l'esclusione con la "salvaguardia del carattere mutualistico" delle banche di credito cooperativo, in quanto la previsione di strumenti finanziari - comportando la necessità di prevedere statutariamente un privilegio di carattere patrimoniale a favore dei finanziatori - avrebbe condotto indirettamente all'ampliamento dell'attività con i terzi per aumentare il lucro oggettivo della banca); SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 277; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 185; PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1114.

⁹ DESIDERIO, *La riforma del diritto societario e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova 2003, p. 189 ss.; BASSI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 458; PIPITONE, *Commento all'art. 30*, *ibidem*, p. 476; PIPITONE,

legislatore del 2004, che ha escluso - con il nuovo art. 150-*bis* t.u.b. - l'applicabilità alle banche cooperative delle nuove disposizioni codicistiche relative agli strumenti finanziari. La scelta è probabilmente motivata, oltre che da ragioni di carattere tecnico - gli strumenti finanziari sono un istituto introdotto con la riforma societaria, che come tale non si è ritenuto applicabile alle banche cooperative, *ex art.* 5, ultimo comma, della legge delega - da altre ragioni; facilmente rinvenibili, nelle banche di credito cooperativo, nell'intento di accentuare il profilo della mutualità. Più difficile individuarne la ragione nelle banche popolari: se la previsione dei soci finanziatori può probabilmente ritenersi superflua in tali enti, nei quali - non richiedendosi la mutualità prevalente - il socio può astenersi senza inconvenienti dall'utilizzare i servizi bancari, e limitarsi a lucrare l'utile (per il quale non sono previsti limiti legislativi né statutari), non sembra apparentemente sussistere alcuna ragione per l'esclusione degli altri strumenti finanziari (non partecipativi), che sono ammessi in tutte le altre cooperative non bancarie. D'altra parte, le banche cooperative dispongono di altri strumenti di patrimonializzazione, quali previsti dall'art. 12 t.u.b.¹⁰. Il nuovo testo dell'art. 12, comma 3, del t.u.b., come modificato dal d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37, nel disciplinare le obbligazioni bancarie, dichiara espressamente inapplicabili una serie di norme del codice civile, tra le quali però non contempla l'art. 2411 c.c. (che a sua volta prevede l'emissione di strumenti finanziari con partecipazione al "rischio d'impresa", assoggettandone la disciplina a quella delle obbligazioni). Si può peraltro fondatamente escludere - alla luce delle previsioni del d. lgs. n. 310/2004 - che tale omessa precisazione legittimi l'emissione di strumenti finanziari da parte delle banche cooperative¹¹.

Non si applicano, a tutte le banche cooperative, l'art. 2514, comma 2, e l'art. 2545-*octies* c.c.: ciò si giustifica, per le banche popolari, per la radicale inapplicabilità ad esse della disciplina della mutualità prevalente; *per le banche di credito cooperativo, si è voluto invece sottrarre all'autonomia privata il potere di eliminare le clausole non lucrative*, che - in base alla nuova impostazione risultante dal comma 2-*bis* dell'art. 28 del

Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari, Roma 1997, p. 103 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 533 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Commento all'art. 2 del d. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, in *Le nuove modifiche al testo unico bancario*, a cura di A. Dolmetta, Milano 1999, p. 5 ss.; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 282 ss.

Sulle obbligazioni bancarie (disciplinate dall'art. 12 del d. lgs. n. 385/1993, come modificato dall'art. 9.3 del d. lgs. n. 37/2004), cfr. in particolare FAUCEGLIA, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, Milano 2000; FAUCEGLIA, *Le obbligazioni emesse dalle banche*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 465; CAMPOBASSO, *L'emissione di obbligazioni bancarie*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 472.

¹⁰ APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 223.

¹¹ In tal senso, invece, SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 617 ss.

t.u.b. - sono elemento essenziale e non più solo opzionale dello statuto delle medesime banche ¹².

La disapplicazione dell'art. 2519, comma 2, c.c., e quindi l'*esclusione della possibilità di adottare nelle cooperative bancarie la struttura della società a responsabilità limitata*, è la coerente conseguenza della riserva dell'attività bancaria alle imprese medio-grandi, e quindi a quelle società organizzate secondo i modelli della società per azioni, o della società cooperativa per azioni.

Per una serie di disposizioni, l'espressa previsione di inapplicabilità consegue alla *presenza di una disciplina speciale, dettata per le banche cooperative nel testo unico bancario*. Così, non si applica l'art. 2522 c.c., che disciplina il numero minimo dei soci, oggetto di specifica regolamentazione, in deroga alla normativa codicistica, nel t.u.b. (artt. 30, comma 4, e 34, comma 1). Anche per i limiti minimi e massimi delle azioni, la presenza di apposita regolamentazione speciale (artt. 29, comma 2, 30, comma 2, 33, comma 4, 34, comma 4, t.u.b.) esclude l'applicabilità dell'art. 2525, commi da 1 a 4, c.c. Lo stesso dicasi per l'art. 2528, commi 3 e 4, che disciplina l'ipotesi del diniego di ammissione dell'aspirante socio, e per l'art. 2530, commi da 2 a 5, che regola il procedimento di autorizzazione alla cessione delle partecipazioni, autonomamente disciplinati dagli artt. 30, comma 5, e 34, comma 6, del t.u.b. Lo stesso vale per i commi 3 e 4 dell'art. 2538 (che regolano il voto plurimo delle persone giuridiche e dei soci di cooperative consortili, incompatibile con il principio inderogabile del voto capitario,

¹² Quanto osservato nel testo risulta chiaramente anche dai lavori preparatori del d. lgs. n. 310/2004: a fronte dell'originaria formulazione dell'art. 150-*bis*, nel testo predisposto dalla "commissione Vietti", il riferimento all'art. 2545-*octies* è stato eliminato, ed è stato inserito l'attuale secondo comma, con la previsione del necessario inserimento in statuto delle clausole *ex art. 2514, comma 1, c.c.*, a seguito delle osservazioni delle commissioni parlamentari riunite (giustizia e finanze) della Camera dei deputati, parere in data 16 dicembre 2004 (punto 5: "provveda il Governo a riformulare il comma 1 del nuovo art. 150-*bis* del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993, nel senso di indicare tra le disposizioni del codice civile che non si applicano alle banche popolari ed alle banche di credito cooperativo, l'articolo 2514, secondo comma, e l'art. 2545-*octies*"; punto 7: "provveda il Governo a riformulare il comma 5 del medesimo articolo 150-*bis*, il quale prevede l'applicazione dell'articolo 2545-*octies* del codice civile alle banche di credito cooperativo, in quanto tale previsione non appare coerente con la complessiva disciplina posta dal TUB per le banche di credito cooperativo, stabilendo invece che lo statuto delle banche di credito cooperativo contiene le clausole previste dall'articolo 2514, primo comma, del codice civile"). Nello stesso le osservazioni delle commissioni parlamentari riunite (giustizia e finanze) del Senato, in data 14 dicembre 2004 ("Si ritiene che l'impostazione dello schema, nella parte in cui non esclude, in astratto, la possibilità di perdita dei requisiti mutualistici da parte di una banca di credito cooperativo per autonoma scelta della stessa, con i conseguenti effetti sulle riserve indivisibili, non appaia conforme all'impostazione del testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia; appare quindi opportuno introdurre una correzione allo schema di decreto, determinando la non applicabilità dell'articolo 2545-*octies* del codice civile alle banche di credito cooperativo, evitando l'effetto di bloccare le riserve accumulate in caso di eliminazione delle clausole mutualistiche"). Emerge tra l'altro dai lavori preparatori la preoccupazione che l'eventuale passaggio alla categoria delle cooperative a mutualità non prevalente potesse comportare un vincolo relativo al patrimonio indivisibile, incompatibile con le esigenze dell'attività bancaria.

previsto quale criterio esclusivo dagli artt. 30, comma 1, e 34, comma 3, del t.u.b.¹³). Non si applicano l'art. 2542, comma 1, c.c., in tema di nomina degli amministratori e dei membri dell'organo di controllo, oggetto di specifica disciplina negli artt. 29, comma 3, e 33, comma 3, del t.u.b.; e l'art. 2543 c.c., riguardante il controllo legale e contabile, con la conseguente applicabilità sul punto delle norme codicistiche sulle società per azioni (oltre a quanto disposto dall'art. 52, comma 2-bis, del t.u.b.). Non si applica l'art. 2545-*quater* c.c. (che disciplina la riserva legale e le altre destinazioni degli utili, compresi i contributi annuali a favore dei fondi mutualistici, materie tutte oggetto di specifica regolamentazione negli artt. 32 e 37 del t.u.b.). E non si applica infine l'art. 2545-*terdecies*, in tema di insolvenza, in ordine alla quale esiste nel t.u.b. la speciale disciplina dettata dagli artt. 70 e seguenti.

Altre previsioni si rivelano chiaramente incompatibili con le caratteristiche delle banche cooperative: basti pensare all'art. 2527, commi 2 (divieto di partecipazione dei soci che esercitino imprese concorrenti, fattispecie evidentemente ritenuta non pericolosa in considerazione del particolare oggetto di queste società) e 3 (disciplina dei soci in prova, evidentemente incompatibile con le caratteristiche dell'attività bancaria); o all'art. 2545-*bis* c.c., che disciplina i diritti di controllo dei singoli soci, attribuendo agli stessi il potere di visionare i libri dei verbali del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo (facoltà quest'ultima ritenuta in contrasto con il *segreto bancario*¹⁴). Ed ancora all'art. 2545-*octies* c.c., che disciplina la perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente (inapplicabile alle banche popolari, in quanto per esse la mutualità prevalente non ha rilevanza giuridica, neanche ai fini tributari; ed alle banche di credito cooperativo, che non possono esistere se non nella forma di cooperative a mutualità prevalente).

In altri casi, infine, la disapplicazione di norme codicistiche appare frutto di una *scelta discrezionale del legislatore*: si pensi all'art. 2540, comma 2, che rende in alcuni casi obbligatorie le assemblee separate. O all'art. 2542, comma 4 (già comma 5), che prevede la possibilità di nomina degli amministratori di banche cooperative da parte dello Stato o di enti pubblici (esclusione, questa, la *ratio* viene unanimemente individuata nell'esigenza di evitare ingerenze politiche nella gestione delle banche¹⁵). O ancora

¹³ In tal senso, D'AMARO, *Cooperative di credito*, in *Società cooperative e mutue assicuratrici*, a cura di Bassi, Capo, D'Amato, Giorgi e Sarno, Torino 1999, p. 584.

¹⁴ APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1996, I, p. 215 (ove si evidenzia anche che i diritti di informazione del socio sarebbero "surrogati" dal controllo tutorio eseguito dalla Banca d'Italia).

¹⁵ Per tale rilievo, CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 33*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 263; D'AMARO, *Cooperative*

all'art. 2545-*quinquies*, comma 1, c.c., che richiede l'indicazione in statuto del limite massimo dei dividendi distribuibili (indicazione non richiesta per le banche popolari, mentre per le banche di credito cooperativo valgono i più stringenti requisiti previsti dall'art. 2514 c.c.).

La disapplicazione degli artt. 2545-*quinquiesdecies* e seguenti del codice civile sembra, infine, la diretta conseguenza della soggezione delle banche cooperative alla vigilanza della Banca d'Italia (art. 28, comma 2, t.u.b., da coordinarsi peraltro - quanto alle banche di credito cooperativo - con l'art. 18 del d. lgs. n. 220/2002); alla radice dell'esclusione sta, in questo caso, l'*intento di evitare sovrapposizioni e conflitti tra diverse autorità di vigilanza*, nonché la consapevolezza che determinati provvedimenti, previsti dal codice civile in relazione a violazioni dello scopo mutualistico, non avrebbero potuto essere adottati dall'autorità bancaria di vigilanza, le cui finalità sono esclusivamente quelle individuate dall'art. 5 t.u.b.

3. Le norme in tema di cooperazione applicabili a tutte le banche cooperative.

L'art. 150-*bis* del t.u.b. non elenca espressamente le norme del codice civile applicabili alle banche cooperative, limitandosi ad indicare in dettaglio le norme codicistiche inapplicabili. Si tratta di vedere, allora, se le norme non elencate siano automaticamente applicabili, o se debba viceversa valutarsi, norma per norma, la compatibilità con il sistema speciale del testo unico bancario, sulla base della disposizione generale contenuta nell'art. 2520, comma 1, c.c. (non menzionata, tra l'altro, dall'art. 150-*bis* tra quelle dichiarate espressamente inapplicabili alle banche cooperative): detto art. 2520 dispone che le norme del codice civile si applicano alle cooperative regolate da leggi speciali (settoriali) solo in quanto siano compatibili con queste ultime. Che si possa escludere in assoluto un *giudizio di compatibilità* non appare invero ipotizzabile, in quanto ciò contrasterebbe con l'irrinunciabile esigenza di interpretazione sistematica, che deve assicurare in primo luogo la coerenza interna del sistema, e nell'ambito di esso dello specifico *corpus* normativo rappresentato dalla normativa bancaria. L'esistenza di una norma speciale, l'art. 150-*bis* del t.u.b., che elenca in dettaglio le norme incompatibili, e quindi la specifica attenzione del legislatore al profilo della compatibilità in esame, depone tuttavia nel senso di una "*presunzione di*

di credito, cit., p. 584; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 535; TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, in *Società*, 1993, p. 1623.

compatibilità" delle norme codicistiche non espressamente richiamate ¹⁶, nel senso che *l'incompatibilità di taluna di esse deve essere rigorosamente comprovata* (anche, eventualmente, alla luce dei principi della legge delega del 2001).

Si è avuto modo, in altra occasione, di chiarire il significato dell'art. 2520, comma 1, c.c., nell'ambito della dialettica tra il "sistema" del codice civile ed i "microsistemi" rappresentati dalle leggi di settore ¹⁷; la disciplina delle banche cooperative - in particolare con le previsioni dell'art. 150-bis del t.u.b. - fornisce una significativa conferma delle conclusioni raggiunte in via generale.

Da un lato, come si vedrà nei successivi paragrafi, *lo scopo mutualistico, e la stessa mutualità prevalente laddove rilevante, si configurano in maniera del tutto peculiare nelle banche cooperative*; sì da contraddire quell'orientamento dottrinale che riteneva sostanzialmente "inderogabile" la disciplina codicistica sul punto ad opera della legislazione speciale ¹⁸, e da confermare, viceversa, la rilevanza della normativa settoriale anche in punto di individuazione dei caratteri salienti delle cooperative speciali.

D'altra parte, *una corposa serie di disposizioni codicistiche trova applicazione alle banche cooperative, non ravvisandosi in esse specifici motivi di incompatibilità con la normativa del testo unico bancario*: tra di esse vi sono innanzitutto norme di carattere strutturale, come la previsione dell'autonomia patrimoniale perfetta (art. 2518 c.c.), quella che rinvia alle disposizioni sulla società per azioni, nei limiti della compatibilità, per l'individuazione delle norme applicabili in presenza di lacune di disciplina (art. 2519, comma 1, c.c.), quelle relative al contenuto dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 2521 c.c.), al deposito dell'atto costitutivo ed all'iscrizione della società (art. 2523 c.c.), alla variabilità del capitale ed al principio della porta aperta (artt. 2524, 2528, commi 1 e 2, c.c. ¹⁹), alle partecipazioni sociali (artt. 2525, comma 5, 2530, comma 6, 2531 c.c.), allo scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio (artt. 2532, 2533, 2534,

¹⁶ In tal modo, lo *ius superveniens*, rappresentato dall'art. 150-bis in commento, finisce per ribaltare la "presunzione di incompatibilità", ex art. 2520, comma 1, c.c. (già art. 2517) della disciplina codicistica relativa alle cooperative, teorizzata anteriormente alla riforma da RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 323; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 684 ss.

¹⁷ PETRELLI, *Cooperative e legislazione speciale*, studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 2.

¹⁸ In tal senso, BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 218 ss.; BASSI, *Le società cooperative*, Torino 1995, p. 9.

¹⁹ L'applicabilità dell'art. 2528, comma 1, c.c. alle banche cooperative, e più in generale del principio della porta aperta, induce a ritenere illegittima la clausola statutaria che escluda l'ammissione dei soci in via "ordinaria", e quindi ad opera degli amministratori, prevedendo invece che detta ammissione possa avvenire esclusivamente con deliberazione dell'assemblea straordinaria.

2535, 2536 c.c.), al diritto di voto ed al funzionamento delle assemblee (artt. 2538, comma 1, comma 2 primo periodo, e commi 5 e 6, 2539, 2540, commi 1, 3, 4, 5 e 6 c.c.), agli amministratori (artt. 2542, commi 2 e 3 (già comma 4), e 2544 c.c.), al gruppo cooperativo paritetico (art. 2545-*septies* c.c.²⁰).

L'applicabilità alle banche cooperative delle suddette disposizioni non sembra scontrarsi con alcun motivo di incompatibilità; pur potendo proporsi, con riferimento a talune di esse (si pensi ai nuovi artt. 2542 e 2545-*septies* c.c.), la diversa questione della loro applicabilità in rapporto alla previsione dell'art. 5, ultimo comma, della legge delega n. 366/2001.

In sintesi, si può dire quindi che *gli aspetti strutturali fondamentali del "tipo" cooperativo - in primis i principi di democraticità, la regola del voto capitario ed il principio della porta aperta - quali emergenti dalla disciplina codicistica, si applicano senz'altro a tutte le banche cooperative.*

Rispetto ad altre disposizioni codicistiche, la cui applicabilità non è espressamente esclusa dall'art. 150-*bis* t.u.b., e che riprendono sostanzialmente il contenuto di previgenti disposizioni del codice del 1942, il silenzio del legislatore appare viceversa significativo, nella misura in cui l'applicazione delle stesse norme alle banche cooperative aveva dato luogo ad un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che non era certamente ignoto al legislatore delegato. Proprio alla luce di tali discussioni, anzi, può affermarsi che ricorreva proprio l'esigenza di quelle "norme di mero coordinamento", cui fa riferimento l'art. 5, ultimo comma, della legge n. 366/2001: cosicché la "*presunzione di compatibilità*" delle norme codicistiche ne esce ulteriormente rafforzata.

E' questo, ad esempio, il caso dell'art. 2529 c.c., sostanzialmente corrispondente all'art. 2522 del codice del 1942, che disciplina *l'acquisto o il rimborso di azioni proprie* nella cooperativa; norma la cui applicazione era oltremodo discussa in dottrina e giurisprudenza soprattutto con riferimento alle banche popolari, a fronte della diffusione della *clausola statutaria c.d. di garanzia*, che consente alla società - in caso di fallimento o inadempimento del socio di banca popolare - di acquistare e rimborsare le azioni del socio debitore, al prezzo stabilito dalla più recente delibera del consiglio di

²⁰ Sul gruppo bancario paritetico, cfr. in particolare LAMANDINI, *Il gruppo bancario paritetico: profili di diritto societario e antitrust*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 388; COSTI, *Il gruppo cooperativo bancario paritetico*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 379; CAMPOBASSO, *Organizzazione di gruppo delle banche di credito cooperativo e gruppi (bancari) paritetici*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 553; FAUCEGLIA, *L'organizzazione di "gruppo" nell'esperienza delle casse rurali e delle banche di credito cooperativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, p. 896.

amministrazione, e portare il ricavato in compensazione dei propri crediti ²¹. Ancora più discussa era l'ammissibilità dell'*accettazione in garanzia di azioni proprie*, e quindi l'applicabilità alle banche cooperative del divieto contenuto nell'art. 2358 c.c. ²². Una serie di elementi depongono, oggi, per l'ammissibilità di tali operazioni. Innanzitutto, già il testo unico bancario non pone nessuna espressa preclusione, né per le banche popolari, né per le banche di credito cooperativo (il divieto già previsto per queste ultime dall'art. 34, comma 5, del t.u.b. è stato abrogato dall'art. 5 del d. lgs. n. 342/1999). Al contrario, *in relazione all'accettazione di garanzia di azioni proprie*, un accentuato *favor* per le cooperative bancarie - rispetto alle altre cooperative - è desumibile dal diritto comunitario, e più precisamente dall'art. 4, paragrafo 12, del Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della *Società cooperativa europea* (SCE): tale norma, mentre vieta in generale "la sottoscrizione, l'acquisto e l'accettazione in garanzia delle proprie quote da parte della SCE", dispone che "*l'accettazione in garanzia delle quote di una SCE è consentita nell'ambito delle operazioni correnti delle SCE istituti di credito*". Per quanto riguarda, poi, *l'acquisto ed il rimborso di azioni proprie*, il nuovo art. 150-bis t.u.b., che non cita l'attuale art. 2529 c.c. tra le norme inapplicabili alle banche cooperative, depone decisamente per la riferibilità

²¹ La questione dell'applicabilità dell'art. 2529 c.c. (acquisto o rimborso di azioni proprie) alle banche cooperative, in specie alle banche popolari, era discussa prima del recente d. lgs. n. 310/2004:

a) - in senso affermativo, MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 204; CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 34*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 269; NAPOLITANO, *Commento all'art. 30*, in *La nuova legge bancaria*, commentario a cura di Ferro Luzzi e Castaldi, V, seconda appendice di aggiornamento, Milano 2000, p. 82; PRESTI, *Credito cooperativo ed evoluzione del quadro normativo*, in *Coop. credito*, 1999, p. 203; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 666; PIPITONE, *Commento all'art. 30*, cit., p. 491 ss.; PIPITONE, *Il divieto per le banche di credito cooperativo di acquistare azioni proprie, fare anticipazioni su di esse, compensarle con le obbligazioni dei soci (art. 34, co. 5, d. lgs. 1° settembre 1993 n. 385): documenti per la storia di una disposizione ambigua*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, p. 687; PIPITONE, *Ancora a proposito delle anticipazioni delle banche popolari*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1999, p. 163; PIPITONE, *Conflitto fra creditori del socio di banca popolare, vincoli sulle azioni e compensazione statutaria*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1991, I, p. 565; Cass. 29 ottobre 1996 n. 9445, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 681, con nota adesiva di SALAFIA, *In tema di cessione di quote od azioni di banca popolare costituita in forma cooperativa*; Trib. Catania 15 luglio 1996, in *Vita not.*, 1997, p. 356, ed in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, p. 486; Trib. Treviso 27 novembre 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 737, con nota di PIPITONE;

b) - in senso negativo, sulla base della pericolosità dell'operazione, e dell'esigenza di parità di trattamento con le banche società per azioni, DOLMETTA, *Commento all'art. 5 del d. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, in *Le nuove modifiche al testo unico bancario*, a cura di A. Dolmetta, Milano 1999, p. 32 ss.; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 327 ss.; Trib. Milano 6 dicembre 2001, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 616; Trib. Milano 12 maggio 1997, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1999, p. 159.

²² Anteriormente al d. lgs. n. 385/1993, cfr. l'approfondita analisi di PORTALE-DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio "riformate"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, I, p. 701 ss., in cui si concludeva per l'inapplicabilità del divieto di accettazione in garanzia di azioni proprie ex art. 2358 c.c. alle cooperative, pur evidenziandosi le limitazioni allora esistenti nella legislazione bancaria.

di tale disposizione anche alle banche in oggetto, e quindi per l'ammissibilità dell'acquisto e del rimborso di azioni proprie - se autorizzato dallo statuto - nelle banche cooperative.

Gli strumenti dell'acquisto e dell'accettazione in garanzia di azioni proprie sono utili in presenza di debiti del socio di importo inferiore all'ammontare complessivo delle azioni possedute del socio stesso; laddove, invece, l'esposizione debitoria eguagli o superi il valore delle azioni possedute, il rimborso di tutte le azioni comporta di fatto l'esclusione del socio dalla cooperativa ²³. Esclusione che può essere comunque pronunciata nei suddetti casi di inadempimento, purché connotati dalla gravità: essa trova chiara legittimazione nell'espressa previsione - ad opera del nuovo art. 2533, comma 1, n. 2, c.c. - dell'*esclusione del socio* in conseguenza di gravi inadempienze da parte sua delle obbligazioni derivanti "dal regolamento o dal rapporto mutualistico": gli amministratori della banca cooperativa possono, cioè, escludere il socio che non adempia agli obblighi assunti nei confronti della banca, anche quando tali obblighi nascono dai rapporti mutualistici, e non solo quando attengono strettamente al rapporto sociale. In definitiva, *la clausola statutaria di garanzia può essere formulata prevedendo sia la facoltà di acquisto e rimborso di azioni proprie, sia l'esclusione del socio per grave inadempimento degli obblighi mutualistici, autorizzando, in entrambi i casi, la compensazione del credito del socio al rimborso delle azioni con il debito dello stesso socio nei confronti della banca* ²⁴.

4. Lo scopo mutualistico delle banche cooperative. Profili generali.

²³ Trib. Treviso 27 novembre 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 737.

²⁴ Per l'ammissibilità della compensazione, in sede di esclusione conseguente a fallimento o inadempimento del socio, tra il credito alla liquidazione della quota ed il debito del socio verso la banca popolare (e quindi della validità ed efficacia della relativa clausola statutaria, che tale compensazione preveda), sono la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti: CENTONZE, *Fallimento del socio di Banca Popolare e sistemi statuari di autotutela dei crediti della società verso il fallito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 619; D'AMICO-MANCINELLI, *Commento all'art. 30*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 244 ss.; PIPITONE, *Conflitto fra creditori del socio di banca popolare, vincoli sulle azioni e compensazione statutaria*, cit., p. 565; DOLMETTA, *Commento all'art. 5 del d. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, cit., p. 35 ss.; Cass. 28 agosto 2001 n. 11288, in *Fallimento*, 2002, p. 615; Cass. 24 luglio 2000 n. 9678, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 897; Cass. 5 novembre 1999 n. 12318, in *Fallimento*, 2000, p. 1144; App. Venezia 12 luglio 1991, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, I, p. 290, con nota adesiva di PIPITONE, *Fallimento del socio di Banca Popolare, liquidazione della quota e compensazione legale* (ed ivi ulteriori riferimenti); App. Venezia 25 marzo 1974, e App. Venezia 9 aprile 1974, in *Dir. fall.*, 1974, II, p. 686, e p. 696, con nota di PROVINCIALI, *Compensazione fallimentare di un credito di socio estromesso di mutua cooperativa*. *Contra*, Trib. Milano 6 dicembre 2001, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 616; Trib. Torino 26 febbraio 1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 864; App. Bari 9 luglio 1991, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, I, p. 290; Trib. Vicenza 24 marzo 1987, in *Dir. fall.*, 1988, II, p. 1001

La questione dello scopo mutualistico delle banche cooperative è da sempre oggetto di dibattito in dottrina, con particolare, ma non esclusivo riferimento alla figura delle banche popolari. Il d. lgs. n. 310/2004 apporta nuovi elementi di valutazione, che appaiono decisivi al fine di comprendere l'esatta portata del profilo della mutualità, recando significativi elementi di novità anche in relazione alle banche di credito cooperativo.

Innanzitutto, tra le norme che non sono espressamente dichiarate inapplicabili dall'art. 150-*bis* del t.u.b. possono includersi l'art. 2511, che delinea la nozione di cooperativa, definendola come società "con scopo mutualistico"; l'art. 2515, che impone l'indicazione nella denominazione sociale dell'espressione "società cooperativa", precisando che tale indicazione non può essere usata "da società che non hanno scopo mutualistico"; l'art. 2516 (che pone il principio di parità di trattamento nella costituzione ed esecuzione dei "rapporti mutualistici"); l'art. 2521 (secondo il quale l'atto costitutivo contiene le regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica tra la società e i soci, e che regola l'approvazione del regolamento mutualistico); l'art. 2527, comma 1 (che richiede l'indicazione in statuto dei requisiti per l'ammissione dei soci "coerenti con lo scopo mutualistico" e l'attività economica svolta²⁵); gli artt. 2532 e 2533 (che, in relazione alle fattispecie di esclusione e recesso, delineano il rapporto mutualistico come distinto ed autonomo rispetto al rapporto sociale); l'art. 2545 (che pone a carico degli amministratori e dei sindaci l'obbligo di relazionare annualmente in ordine al conseguimento dello scopo mutualistico²⁶). Tutte disposizioni, quindi, che attribuiscono una rilevanza qualificante allo scopo mutualistico della cooperativa, connotandolo nettamente nel senso della "gestione di servizio" a favore dei soci²⁷, oltre a farne derivare precise conseguenze di

²⁵ Per la necessità di previsione statutaria dei requisiti dei soci di banche popolari, in assenza di requisiti legali, cfr., anteriormente alla riforma, BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano 1988, p. 392; ID., *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli 1976, p. 42, nota 10.

²⁶ In passato, con riferimento all'art. 2 della legge n. 59/1992, corrispondente all'attuale art. 2545 c.c., era stata enfatizzata l'importanza dell'applicabilità della suddetta norma alle banche di credito cooperativo, in quanto l'obbligo di relazione degli amministratori sulla gestione, in conformità al carattere mutualistico (cooperativo) della società, presuppone la necessità di improntare l'operato degli amministratori allo scopo mutualistico (PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 183). La circostanza che, oggi, l'art. 2545 c.c. sia applicabile anche alle banche popolari ha ovviamente un notevole significato sistematico, sotto il profilo che si esamina.

²⁷ In tal senso, a seguito della riforma del 2003, OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, cit., p. 757 ("La mutualità cooperativa non è fatta solo di una generica "funzione sociale" e di limitazione dell'utile; non è fatta di variabilità del capitale e di voto capitarario; non è fatta di attenzione a uno o altro territorio, momenti che hanno carattere strumentale rispetto al fine. E' fatta di scambio mutualistico e di gestione di servizio, auspicabilmente di porta aperta e di ristorni"); l'Autore comunque (ammettendo che "la forma cooperativa si è estesa ad attività che si giovano dei momenti strutturale e organizzativo della cooperazione, meno del momento mutualistico propriamente inteso. Questa è oggi la situazione delle banche cooperative") ipotizza l'individuazione, nelle cooperative di credito, di

disciplina. Non sembra, davvero, che a tali precise indicazioni si possa obiettare una generica "incompatibilità" con le previsioni della *legge speciale*, che d'altra parte *non contiene alcuna specifica disposizione che escluda lo scopo mutualistico* (anzi espressamente ribadito, con riferimento alle banche di credito cooperativo, dall'art. 35 del t.u.b.).

A ben vedere, altre disposizioni ancora depongono, nettamente, nel senso suindicato: si pensi al richiamato art. 2529 c.c. (già art. 2522), che ammette *il rimborso e l'acquisto di azioni proprie*: l'utilizzazione di tale strumento quale garanzia nei confronti del socio debitore fa parte della tradizione storica delle banche popolari, quale *strumento di garanzia dei crediti nascenti da rapporti mutualistici tra banca e soci*²⁸. Del pari, la tendenziale applicabilità - *infra dimostrata* - alle banche cooperative dell'art. 2537 c.c. (già art. 2531), e quindi *l'inespropriabilità delle azioni* da parte dei creditori particolari del socio, appare coerente con la *strumentalità della partecipazione ai fini del conseguimento di fini mutualistici*, e quindi con la necessità del possesso dei requisiti soggettivi statutari in capo al titolare delle azioni medesime²⁹.

Gestione di servizio non significa, d'altra parte, *esistenza di un diritto soggettivo del socio cooperatore ad ottenere i servizi bancari*: come del resto ormai unanimemente riconosciuto in relazione alle cooperative codicistiche³⁰, il socio cooperatore non ha un

"una presenza ma non la centralità della mutualità", regolando "distintamente il momento mutualistico, come momento del rapporto tra soci e non come criterio dell'attività sociale".

²⁸ PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., passim.

²⁹ La dottrina pressoché unanime giustifica il divieto di espropriazione sancito dall'art. 2537 c.c. (già art. 2531) con la rilevanza dei requisiti soggettivi del socio cooperatore, e quindi con l'esigenza di impedire l'ingresso in società di un soggetto che ne sia privo: TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Milano 2004, p. 129 ss.; PALLOTTI, *Commento all'art. 2537*, in *Le società cooperative dopo la riforma*, appendice, a cura di Paolucci, Milano 2004, p. 78; CALLEGARI, *Commento all'art. 2537*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 2556; SANTORO, *Commento all'art. 2537*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 129 (il quale evidenzia che proprio per la rilevanza dei requisiti soggettivi in funzione dello scopo mutualistico, "il legislatore della riforma ha opportunamente aggiunto al sostantivo *socio* la qualificazione di *cooperatore*"); SCHIRO', *Commento all'art. 2537*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 139; TATARANO, *L'impresa cooperativa*, Milano 2002, p. 83; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 555 ss.; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 257; BASSI, *Le società cooperative*, Torino 1995, p. 216; BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 685 ss.

Contra, in posizione isolata, PIPITONE, il quale in varie opere (cfr. la nota 21) sostiene che la vera *ratio* della norma in commento consiste nell'attribuzione di un privilegio alle società cooperative, in virtù del quale le stesse potrebbero soddisfarsi sulla partecipazione sociale del socio cooperatore, per i crediti vantati in dipendenza del rapporto mutualistico.

³⁰ Cfr., da ultimi, PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5308/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 1; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano 2005, p. 16 ss., 115 ss.; SCHIRO', *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 34; TONELLI, *Commento all'art. 2516*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino 2003, p. 49 (che parla di un generico dovere di operare con i soci, ma esclude un obbligo a contrarre);

tale diritto soggettivo, poiché l'offerta delle prestazioni mutualistiche deve tener conto delle variabili esigenze della gestione sociale; inoltre, il socio deve presentare determinati requisiti che - ai fini del rapporto mutualistico - vanno valutati all'atto dell'instaurazione di quest'ultimo, non essendo sufficiente la mera qualifica di socio cooperatore a tal fine³¹. Il socio ha quindi, più semplicemente, una *situazione giuridicamente tutelata - taluno ha parlato di "interesse legittimo" - a che gli organi sociali orientino la propria attività in modo da fargli ottenere - nei limiti per l'appunto consentiti dall'interesse sociale - l'ottenimento delle prestazioni in vista delle quali lo stesso socio è entrato in cooperativa*³².

A norma, poi, dell'art. 150-bis, comma 6, t.u.b., *"l'atto costitutivo delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo può prevedere, determinandone i criteri, la ripartizione di ristorni ai soci secondo quanto previsto dall'articolo 2545-sexies del codice civile"*: previsione questa che - sia pure in una dimensione di facoltatività e non di obbligatorietà - concorre ad individuare *nella gestione di servizio l'essenza della mutualità delle banche cooperative*.

Alcune disposizioni, rilevanti ai fini della mutualità, sono dichiarate invece inapplicabili alle banche cooperative: in particolare, l'art. 2545-septiesdecies c.c., che

CARRABBA, *Atto costitutivo, autonomia contrattuale e aspetti mutualistici nel tipo societario cooperativo*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1090. Anteriormente alla riforma del 2003, nel medesimo senso, TATARANO, *L'impresa cooperativa*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano 2002, p. 62 ss.; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 94 ss.; BUONOCORE, *Diritto della cooperazione*, Bologna 1997, p. 130 ss.; BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli 1976, p. 101 ss.

³¹ LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 556 ss. Cfr. anche BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1973, I, p. 206 ss.

³² Per tale conclusione, con riferimento alle banche di credito cooperativo, ROSSI, *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 498 ss., 503 ss.; CARRIERO-CRISCUOLO, *Banche di credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 493; OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, cit., p. 468; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 660 (il quale precisa che il socio può pretendere "in ogni cooperativa di credito e a differenza di qualunque terzo - che il credito non gli sia immotivatamente negato"; concludendo che "come parliamo, senza cancellare la causa lucrativa, di un diritto astratto dell'azionista al dividendo, che deve fare i conti con il concreto apprezzamento dell'interesse della società, così potremmo parlare, senza cancellare la causa mutualistica, di un diritto astratto del cooperatore alla concessione di credito che deve fare i conti con l'interesse dell'impresa bancaria, che è interesse anche suo"); PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 179 ss.; BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 206 ("Sotto questo profilo si coglie la differente situazione che si presenta ogni qual volta la richiesta di "fido" venga rivolta ad una qualsiasi impresa bancaria ordinaria (costituita in forma diversa dalla cooperativa) ed in quanto non avendo la banca alcun obbligo di concludere il contratto (arg. ex art. 2597 c.c.) spetterà solo ad essa di valutare o meno la convenienza dell'affare ed il suo giudizio discrezionale non sarà sotto nessun profilo sindacabile, al contrario nel caso della cooperativa - essendo la stessa stata costituita proprio allo scopo di procurare credito ai soci - un ingiustificato rifiuto di concludere il contratto si risolverebbe in una deviazione dallo scopo mutualistico, che non può rimanere senza sanzione").

attribuisce all'autorità di vigilanza il potere di sciogliere d'autorità la cooperativa, allorché la stessa non persegua lo scopo mutualistico. Poiché tale potere non può essere certo attribuito alla Banca d'Italia nell'esercizio della sua attività di vigilanza, che ha altre finalità³³, si pone il *delicato problema* - comune sia alle banche popolari che alle banche di credito cooperativo - *di individuare un congegno in grado di assicurare il perseguimento dello scopo mutualistico*; strumento che la dottrina ha ravvisato esclusivamente nell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (e nell'eventuale revoca per giusta causa dei medesimi)³⁴; azione ora facilitata dal fatto che annualmente gli amministratori devono relazionare in relazione al carattere mutualistico dell'attività svolta. E' invece preclusa, come in più circostanze ha chiarito la giurisprudenza, la "riqualificazione" della società come lucrativa³⁵. Può pertanto concludersi - e tale conclusione verrà verificata nel prosieguo avuto riguardo alle due categorie di banche in esame - che *lo scopo mutualistico è presente in tutte le banche cooperative, ed è in entrambe, in misura diversa, oggetto di tutela giuridica, sia pure in modo più "attenuato" rispetto alle cooperative codicistiche, stante l'inapplicabilità degli artt. 2545-quinquiesdecies e seguenti del codice civile.*

Ciò premesso, occorre quindi chiedersi: in cosa consiste questo "scopo mutualistico" delle banche cooperative? Si connota, esso, alla stessa stregua dello scopo mutualistico disciplinato dal codice civile, o dalla legislazione settoriale relativa alla cooperazione di credito emerge una diversa nozione di esso? La questione deve essere analizzata partitamente in relazione alle due categorie di cooperative bancarie.

³³ MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, cit., p. 596, il quale evidenzia che - nel caso in cui una banca popolare non persegua lo scopo mutualistico, e ciò nonostante non si trasformi in società per azioni - "non si scorge una possibilità d'intervento da parte della Banca d'Italia che obblighi la banca a mutare la forma adottata (da cooperativa a s.p.a.)". Sulla stessa linea, TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1622 (il quale evidenzia che il controllo della Banca d'Italia "è finalizzato alla vigilanza sulla solvibilità e la stabilità del sistema bancario, e certamente non si interessa del perseguimento di scopi di mutualità"). Nel medesimo senso, in giurisprudenza, App. Venezia 21 settembre 1987, in *Società*, 1988, p. 74. *Contra*, sembrerebbe, App. Milano 26 novembre 1993, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 647.

CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, cit., p. 257, evidenzia - con riferimento alle banche di credito cooperativo - che l'art. 18 della legge n. 220/2002 non dovrebbe aver modificato i poteri della Banca d'Italia in materia di liquidazione coatta amministrativa, previsti dall'art. 80, comma 2, del t.u.b. Proprio l'esistenza di tale disciplina speciale - e la volontà del legislatore di evitare sovrapposizioni e conflitti - spiega probabilmente la previsione di inapplicabilità dell'art. 2545-*septiesdecies* c.c. (a cui peraltro sono da ascrivere gli inconvenienti lamentati nel testo).

³⁴ MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, cit., p. 597 (ove si evidenzia che, nelle banche popolari quotate, gli artt. 129 e 135 del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 consentono ad una minoranza di soci l'esercizio dell'azione di responsabilità).

³⁵ App. Milano 26 novembre 1993, e Trib. Crema 23 marzo 1994, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 647.

5. Le banche di credito cooperativo: lo scopo mutualistico e la mutualità prevalente.

Per quanto specificamente attiene alle banche di credito cooperativo, la riforma societaria non comporta particolari stravolgimenti di disciplina, anche se ovviamente incide, e non superficialmente, sulle regole societarie di funzionamento delle banche stesse.

L'art. 35, comma 1, del t.u.b. fa espresso riferimento alla *gestione di servizio* con i soci delle banche di credito cooperativo, precisando che le stesse devono erogare credito prevalentemente ai soci stessi. In tali banche si riscontra, d'altra parte, anche una certa componente di "mutualità esterna", ravvisabile sia nella connotazione "localistica" delle banche stesse (art. 35, comma 2, t.u.b.), sia nell'espressa previsione della (possibile) destinazione degli utili residui a finalità di beneficenza e mutualità (art. 37, comma 3, t.u.b.), sia infine nell'espresso assoggettamento alla contribuzione annuale, ed alla devoluzione del patrimonio nei casi di fusione eterogenea e di scioglimento, a favore dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione (artt. 37, comma 2, e 150-*bis*, comma 5, t.u.b.; artt. 21, comma 3, e 11, commi 4 e 5, legge n. 59/1992).

Senonché, l'art. 150-*bis* del t.u.b. dispone, al comma 6: "L'atto costitutivo delle banche popolari e delle banche di credito cooperativo può prevedere, determinandone i criteri, la ripartizione di ristorni ai soci secondo quanto previsto dall'articolo 2545-*sexies* del codice civile". I *ristorni* - che nella disciplina generale delle cooperative sono ritenuti elemento qualificante della mutualità, tanto da far ritenere nulla la clausola statutaria che ne escluda l'attribuzione ai cooperatori³⁶ - divengono invece, qui, elemento facoltativo e puramente opzionale³⁷. Per quale motivo? Per comprenderlo, occorre ragionare più a fondo sul concetto di scopo mutualistico, che il codice civile riformato continua a non definire espressamente, ma che la dottrina pressoché unanime individua oggi - sulla scorta delle previsioni degli artt. 2512, 2513 e 2545-*sexies* c.c. - nella c.d. gestione di servizio a favore dei soci cooperatori, consistente nell'offerta agli stessi cooperatori di beni, servizi, occasioni di lavoro a condizioni migliori di quelle ottenibili dal mercato. Se si può probabilmente concordare su tale nozione di mutualità nell'ambito del sistema

³⁶ Per la nullità - nelle cooperative codicistiche - della clausola statutaria che escluda *tout court* la distribuzione di ristorni ai soci cooperatori è la dottrina unanime: cfr. riferimenti in PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, cit., paragrafo 4, nota 115.

³⁷ Per la natura facoltativa dei ristorni nelle banche di credito cooperativo, già anteriormente alla riforma del 2004, SANTORO, *Commento all'art. 37*, cit., p. 579, nota 35.

codicistico, non può trascurarsi l'esistenza di *"modelli alternativi" di mutualità nella legislazione speciale*.

Lo stesso art. 2520 c.c., al secondo comma, contempla il caso che le leggi speciali consentano "la costituzione di cooperative destinate a procurare beni o servizi a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci": si ammette, quindi, la c.d. mutualità esterna, sia pure condizionatamente ad una apposita previsione di legge (è, ad esempio, il caso delle cooperative sociali, disciplinate dalla legge n. 381/1991). E' quindi addirittura possibile che la legislazione speciale stravolga a tal punto l'aspetto della mutualità, da rendere destinatari dell'attività mutualistica non già, o non soltanto i soci, ma persino terzi non soci.

Ciò implica che, a maggior ragione, *anche le caratteristiche della c.d. mutualità interna, quella cioè che si realizza a favore dei soci, possono essere configurate dalle leggi speciali settoriali in modo diverso da come le stesse si atteggiavano nel modello codicistico*³⁸. Un significativo esempio di ciò è stato rinvenuto nella Società cooperativa europea (SCE): il Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003, all'art. 1, comma 3, individua come possibile scopo mutualistico il "soddisfacimento dei bisogni e/o la promozione delle attività economiche e sociali dei propri soci"³⁹.

Basti pensare, ancora, alla figura dei *confidi* (cooperative di garanzia), in cui il vantaggio mutualistico dei soci non è rappresentato da un minor costo del credito ottenuto tramite l'intervento della cooperativa, bensì dalla stessa "occasione" di ottenere il credito, che altrimenti non si sarebbe ottenuto, grazie alla prestazione di garanzie ad opera del confidi (e coerentemente l'art. 13, comma 18, del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326, esclude l'attribuzione di qualsiasi avanzo di gestione, anche quindi sotto forma di ristorno, ai soci cooperatori).

³⁸ La conclusione indicata nel testo può dirsi oggi acquisita; mentre, infatti, il codice civile del 1942 non conteneva alcuna indicazione in relazione allo scopo mutualistico (definito solo dalla relazione al codice stesso), la riforma del 2003 ha introdotto una serie di disposizioni che contribuiscono a definire tale scopo nel modello codicistico, il quale a sua volta - come specificato nel testo - si distanzia notevolmente da quello di alcune cooperative settoriali. In passato, per una diversa opzione metodologica, LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, cit., p. 562 ss., il quale riteneva che lo scopo mutualistico dovesse essere, necessariamente, ricostruito come concetto unitario sia nella cooperativa codicistica che nelle cooperative settoriali.

³⁹ Sul significato di tale previsione, ai fini dell'individuazione di "forme diverse di mutualità", OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, cit., p. 752. In precedenza, per la teorizzazione di più forme di mutualità, in dipendenza del carattere diffuso o meno del bisogno mutualistico, LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1984, I, p. 493 ss. Per la constatazione dell'"assenza di monoliticità" dell'istituto della mutualità, RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 310.

La stessa cosa avviene, a ben vedere, *nelle banche di credito cooperativo*: in esse la ragione principale della partecipazione del socio può essere individuata nella possibilità di ottenere il credito, che altrimenti non sarebbe stato ottenibile in quella misura, o a quelle condizioni ⁴⁰. Ecco perché, in tale modello di mutualità, il vantaggio economico *sub specie* di *ristorno* è un *elemento puramente accidentale*, la cui presenza può occasionalmente qualificare lo scopo mutualistico, ma che certamente non è essenziale a tal fine (tant'è vero che la legislazione bancaria antecedente il 1993 implicitamente ne escludeva la possibilità) ⁴¹. Ed ecco perché la previsione dell'art. 150-bis, comma 6, t.u.b., non fa altro - nel prevedere la *facoltatività dei ristorni* - che prendere atto delle *peculiarità caratteristiche della mutualità creditizia*.

Un elemento di originalità delle banche di credito cooperativo è rappresentato, invece, dal particolare atteggiarsi della *mutualità prevalente*. L'art. 35 del t.u.b. espressamente dispone che "le banche di credito cooperativo esercitano il credito prevalentemente a favore dei soci" ⁴²: tale operatività in via prevalente è, quindi,

⁴⁰ CASTALDI-DI BIASE, *Commento all'art. 37*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 281; CABRAS, *La specificità delle banche di credito cooperativo*, in *Vita not.*, 1997, p. 60.

⁴¹ In passato, era addirittura esclusa normativamente, dall'art. 32 della legge bancaria del 1936, la possibilità che le banche cooperative potessero praticare condizioni più favorevoli - anche mediante ristorni - ai propri soci: LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 557 ss. Oggi tale limitazione non esiste più: ROSSI, *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, cit., p. 494.

Oggi, invece, lo statuto delle banche cooperative può, facoltativamente, prevedere l'erogazione dei ristorni ai soci. Nella misura in cui sussista tale previsione statutaria, ovviamente l'assemblea dei soci non dovrà necessariamente erogare i ristorni, e potrà concretamente non erogarli mai, senza che ciò comporti alcuna conseguenza ai fini della regolare attuazione dello scopo mutualistico della banca.

⁴² La circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo VII, capitolo I, sezione III) disciplina in dettaglio il requisito dell'operatività prevalente a favore dei soci. Appare utile riportare integralmente i primi tre paragrafi della sezione III:

1. Operatività prevalente a favore dei soci.

Le banche di credito cooperativo assumono attività di rischio prevalentemente nei confronti dei propri soci. Lo statuto indica le modalità con cui la banca intende dare attuazione al principio della "prevalenza".

Tale principio è rispettato quando più del 50% delle attività di rischio è destinato a soci o ad attività a ponderazione zero.

Le attività di rischio assistite da garanzia rilasciata dal socio della banca sono considerate attività di rischio verso soci, a condizione che la garanzia prestata sia personale, esplicita e incondizionata.

La Banca d'Italia può autorizzare, per periodi determinati, le singole banche di credito cooperativo a una operatività prevalente a favore di soggetti diversi dai soci, unicamente qualora sussistano ragioni di stabilità.

2. Operatività con non soci e fuori della zona di competenza territoriale.

Lo statuto delle banche di credito cooperativo prevede che le attività di rischio non destinate ai soci sono assunte nei confronti di soggetti che siano comunque residenti o operanti nella zona di competenza territoriale.

Non rientrano nel limite della competenza territoriale:

- le attività di rischio nei confronti di altre banche e di società finanziarie capogruppo di gruppi bancari;
- le "attività di rischio a ponderazione zero".

3. Attività esercitabili.

Le banche di credito cooperativo indicano nei propri statuti le attività che esercitano.

essenzialmente *circoscritta al profilo dell'erogazione del credito*, mentre *non rileva*, ai fini del suddetto giudizio, *il momento della raccolta del risparmio*, che può quindi essere indirizzato indifferentemente a soci ed a terzi, senza che ne risenta la disciplina della mutualità prevalente⁴³. Ciò si giustifica in considerazione del fatto che al centro della mutualità cooperativa vi è essenzialmente, nella fattispecie in esame, il "bisogno di credito"; proprio l'ottenimento del credito da parte della società, ed a favore dei soci, costituisce il "vantaggio mutualistico", al quale i medesimi soci aspirano allorché decidono di associarsi in cooperativa.

Ovviamente, il fatto che - ai fini della mutualità prevalente - rilevi solamente l'erogazione del credito, non toglie che la gestione di servizio possa esplicarsi a favore dei soci cooperatori nell'ambito dell'intera attività bancaria: con la conseguenza che "il

Esse possono svolgere, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria nonché attività connesse e strumentali nel rispetto della disciplina di vigilanza.

Lo statuto delle banche di credito cooperativo prevede che:

- l'attività di negoziazione di valori mobiliari per conto terzi, se autorizzata, può essere svolta solo a condizione che il committente anticipi il prezzo in caso di acquisto o consegna preventivamente i titoli in caso di vendita;

- nell'esercizio dell'attività in cambi e nell'utilizzo di contratti a termine e di altri prodotti derivati le banche di credito cooperativo non assumono posizioni speculative. Le banche contengono la propria "posizione netta aperta in cambi" entro il 2% del patrimonio di vigilanza. Esse possono offrire contratti a termine (su titoli e valute) e altri prodotti derivati purché tali operazioni realizzino una copertura di rischi connessi ad altre attività".

Il successivo paragrafo 4 disciplina i limiti delle partecipazioni che le banche di credito cooperativo possono assumere.

In nota alle suddette precisazioni, la circolare precisa poi che "le attività di rischio nei confronti dei soci e quelle dagli stessi garantite ... si considerano assunte nella zona di competenza territoriale della banca".

In dottrina, si è rilevato che "concorrono quindi al raggiungimento di tale limite (il 50%: n.d.a.) non solo i crediti erogati e tutte le attività che comportano l'assunzione di un rischio a favore dei soci (azioni, obbligazioni, prestiti subordinati sottoscritti, ecc.), ma anche quelle attività prive di rischio, come l'acquisto di titoli di stato. Presupposto di questa scelta dell'Organo di Vigilanza è la convinzione che la banca opera a favore dei soci non solo quando concede loro finanziamenti, ma anche quando svolge operazioni attive non rischiose che preservano la stabilità della banca stessa. In tal modo viene favorito sia il socio imprenditore, al quale viene assicurato un accesso privilegiato al credito, sia il socio depositante, i cui diritti sono tutelati da un attivo bancario meno rischioso" (ROMA, *Il rapporto con i soci nelle B.C.C. alla luce della nuova normativa: effetti operativi e gestionali*, in *Coop. credito*, 1994, p. 294).

Per la rilevanza del requisito della residenza dei soci, e per l'invalidità delle deliberazioni assembleari assunte con il voto di soci sprovvisti di tale requisito, Trib. Messina 23 giugno 1984, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1986, II, p. 239, con nota di SANTORO, *Sui requisiti di ammissione nelle Casse rurali e artigiane*.

⁴³ Per l'esclusiva rilevanza del profilo dell'erogazione del credito, ai fini della disciplina dettata dall'art. 35 t.u.b., SANTORO, *Commento all'art. 35*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 540 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Forma giuridica e assetti proprietari dell'impresa bancaria*, in *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova 2001, p. 111; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2001, p. 352; ROSSI, *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, cit., p. 501; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 613 ss.; MAGLIOCCO, *Banche di credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 561 ss.; BELLI-MAZZINI, *Le banche di credito cooperativo verso una nuova mutualità? Il localismo*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1996, I, p. 453 ss, 456 ss.

Per la peculiarità della disciplina della prevalenza, "bancaria" e non "codicistica", nelle banche di credito cooperativo, cfr. OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, cit., p. 755 ss.

vantaggio mutualistico, sia nella forma di minor costo o di maggior compenso, *sia nella forma più frequente dei ristorni*, si estende a tutte le attività svolte dalla cooperativa di credito nei confronti dei propri soci" ⁴⁴.

Sempre a norma dell'art. 35, comma 1, "la Banca d'Italia può autorizzare, per periodi determinati, le singole banche di credito cooperativo a una operatività prevalente a favore di soggetti diversi dai soci, unicamente qualora sussistano ragioni di stabilità" ⁴⁵. Queste disposizioni vanno coordinate innanzitutto con la previsione dell'art. 28, comma 2-*bis*, come introdotta dal d. lgs. n. 37/2004, che richiama "i requisiti di operatività prevalente con soci previsti ai sensi dell'articolo 35" ai fini delle disposizioni fiscali di carattere agevolativo: l'integrale richiamo dell'art. 35 induce a ritenere che, *anche laddove la Banca d'Italia autorizzi deroghe temporanee all'operatività prevalente con i soci, la banca mantiene comunque la qualifica di cooperativa a mutualità prevalente agli effetti tributari*. In questo senso, il comma 2-*bis* dell'art. 28 del t.u.b. riprende, nella sostanza, la previsione già contenuta nella prima versione, oggi abrogata, dell'art. 223-*terdecies*, comma 1, disp. att. c.c., ove si prevedeva che "le banche di credito cooperativo che rispettino le norme delle leggi speciali sono considerate cooperative a mutualità prevalente": l'abrogazione di tale previsione, in altri termini, non è motivata dalla volontà del legislatore di cambiare i requisiti di mutualità prevalente delle banche di credito cooperativo, bensì da un lato dalla superfluità della norma, alla luce di quanto stabilito dall'art. 28, comma 2-*bis*, del t.u.b., e dall'altro dall'esigenza di precisare che le altre norme della legge bancaria, diverse dall'art. 35, non rilevano ai fini agevolativi.

L'art. 150-*bis* del t.u.b., come introdotto dal d. lgs. n. 310/2004, esclude l'applicazione dell'art. 2512 c.c. per le sole banche popolari, e quindi *a contrario* ne comporta l'applicazione alle banche di credito cooperativo. Ciò non incide tuttavia sulla configurazione della "mutualità prevalente", quale definita dall'art. 35 del t.u.b.: l'art. 2512 definisce la prevalenza "in ragione del tipo di scambio mutualistico", e la fattispecie in oggetto può inquadrarsi nella previsione del comma 1, n. 1 dell'art. 2512, inquadrandosi la banca di credito cooperativo tra le cooperative che "svolgono la loro attività prevalentemente a favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi". L'espressione "svolgono la loro attività" deve essere interpretata alla luce dell'art. 35 del

⁴⁴ ROSSI, *Mutualità e ristorni nelle banche di credito cooperativo*, cit., p. 502.

⁴⁵ La deroga alla prevalenza può essere solo temporanea: laddove, infatti, essa non sia sufficiente, la banca di credito cooperativo dovrà necessariamente essere posta in liquidazione, ovvero deliberare la fusione, anche eterogenea, con altra banca: PELLEGRINI, *Commento agli artt. 35 e 36*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 275; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 180.

t.u.b. (anche in ragione della specialità di quest'ultimo, e quindi della sua prevalenza a norma dell'art. 2520, comma 1, c.c., più volte illustrato): in altri termini, l'applicabilità alle nostre banche dell'art. 2512 c.c. non incide in alcun modo sulla determinazione delle "prestazioni" cui si riferisce la mutualità prevalente (individuata, come sopra evidenziato, esclusivamente nell'erogazione del credito a favore dei soci), e non comporta quindi alcuna innovazione, rispetto a quanto già stabilito dall'art. 35 t.u.b.

Quanto al coordinamento tra le disposizioni del testo unico bancario e la previsione - contenuta nell'art. 2521, comma 2, c.c. - che preclude alla cooperativa lo *svolgimento di attività con terzi* in difetto di previsione statutaria, la sola circostanza dell'applicabilità dell'art. 2521 c.c. alle banche di credito cooperativo non è probabilmente sufficiente a fondare la compatibilità della suddetta norma con la disciplina speciale, ove si tenga conto del fatto che l'art. 35, comma 1, t.u.b. dispone che "le banche di credito cooperativo esercitano il credito *prevalentemente* a favore dei soci", e che la Banca d'Italia può autorizzare, per periodi determinati, le singole banche di credito cooperativo a una operatività prevalente a favore di *soggetti diversi dai soci*, qualora sussistano *ragioni di stabilità*. A livello più generale può rinvenirsi nel testo unico bancario un'accentuata preoccupazione per la "stabilità" e per la "sana e prudente gestione" delle banche, che sarebbe certamente pregiudicata se si impedisse totalmente alla banca l'operatività con terzi in difetto di previsione statutaria autorizzativa. Da cui la conclusione che *le banche di credito cooperativo possono esercitare la propria attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito anche nei confronti dei terzi, pur in difetto di espressa autorizzazione statutaria*.

A norma del comma 4 dell'art. 150-bis t.u.b., "lo statuto delle banche di credito cooperativo contiene le clausole previste dall'articolo 2514, primo comma, del codice civile"; previsione che va interpretata congiuntamente a quella del primo comma del medesimo art. 150-bis, che esclude l'applicazione, anche alle banche di credito cooperativo, del secondo comma dell'art. 2514 c.c. (che consente la modifica, a maggioranza, delle clausole non lucrative richiamate nel primo comma). Lo stesso art. 150-bis, comma 1, esclude poi l'applicazione alle nostre banche dell'art. 2545-octies c.c., che disciplina la perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente.

Quanto sopra implica che *lo statuto delle banche in oggetto deve necessariamente, e non solo facoltativamente, contenere le clausole non lucrative ex art. 2514 c.c., e che non rientra nell'autonomia dei soci deliberare la modifica o soppressione delle clausole*

medesime. Il che, detto in altri termini, comporta che *la banca di credito cooperativo è necessariamente cooperativa a mutualità prevalente*. Con l'ulteriore conseguenza che la Banca d'Italia dovrebbe rifiutare l'autorizzazione - richiesta dagli artt. 14 e 56 del t.u.b. - ove lo statuto non contenesse dette clausole ⁴⁶.

Ai fini delle agevolazioni tributarie, poi, l'art. 28, comma 2-*bis*, del t.u.b. richiede il "rispetto" sia dell'operatività prevalente con i soci, sia dei requisiti di mutualità *ex art.* 2514 c.c. (ponendosi in ideale linea di continuità con l'art. 14 del d.p.r. n. 601/1973, che richiede l'"osservanza in fatto" dei requisiti mutualistici).

Oltre a quelle sopra richiamate, vi è un'altra particolarità - rispetto al regime generale della mutualità prevalente "codicistica" - che merita un cenno: viene infatti richiamato, al comma 3 dell'art. 150-*bis* del t.u.b., l'art. 9 della legge n. 59/1992 ("nelle società cooperative, la quota di liquidazione in favore del socio uscente per recesso, esclusione o morte comprende, salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, anche il rimborso del sovrapprezzo che il socio abbia versato al momento della sua ammissione nella società, se non utilizzato ai sensi dell'articolo 7") ⁴⁷. Ciò significa che l'espressa previsione sul punto consente di superare le perplessità - sorte con riferimento alla disciplina generale codicistica - circa l'incompatibilità del suddetto art. 9 con la prescrizione dell'art. 2514, comma 1, lett. c), del codice civile: da cui la *legittimità della previsione statutaria di rimborso del sovrapprezzo nella banca di credito cooperativo, e la sua conformità al regime di mutualità prevalente*, in parziale deroga al richiamato art. 2514.

6. Lo scopo mutualistico delle banche popolari.

Più complessa è la problematica relativa allo scopo mutualistico delle *banche popolari*. Anteriormente alla riforma, la questione era notevolmente dibattuta, e potevano

⁴⁶ Anteriormente alla recente riforma, si riteneva invece che la banca di credito cooperativo potesse liberamente decidere se collocarsi, o meno, nell'area della cooperazione protetta, mediante l'inserimento o meno nello statuto delle clausole non lucrative *ex art.* 26 della legge Basevi: CALANDRA BUONAURA, *Forma giuridica e assetti proprietari dell'impresa bancaria*, cit., p. 112; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 615 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 544 ss.

In senso critico rispetto alla recente riforma, in particolare per ciò che riguarda l'inapplicabilità dell'art. 2545-*octies* c.c., CAPRIGLIONE, *Applicabilità del nuovo diritto societario agli intermediari bancari e finanziari. Problemi e prospettive*, in *Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria*, a cura di Capriglione, Padova 2003, p. 45 ss. (ove si constata "come per le banche di credito cooperativo si registri uno iato nell'applicazione dei criteri sistematici che sono stati seguiti dal legislatore").

⁴⁷ L'art. 150-*bis*, comma 3, t.u.b. richiama gli artt. 7 e 9 della legge n. 59/1992 "nei limiti della compatibilità": tale limite, se ha un preciso significato rispetto all'art. 7 (che richiama l'istituto dei soci sovventori, non ammesso nelle banche cooperative, e rinvia ai limiti massimi di partecipazione previsti nell'art. 3 della legge n. 59/1992), non ha invece rilievo rispetto all'art. 9, non ravvisandosi in tale disposizione profili di incompatibilità con la disciplina delle banche in oggetto.

individuarsi, in dottrina e giurisprudenza, tre orientamenti principali. Secondo il primo di essi, la banca popolare aveva solo "forma", ma non "sostanza" di società cooperativa, nel senso che ad una struttura cooperativa corrispondeva uno scopo sostanzialmente lucrativo⁴⁸. Secondo un opposto orientamento, uno scopo mutualistico in senso tradizionale era ravvisabile anche nelle banche popolari, stante l'applicabilità alle stesse delle disposizioni dei vecchi artt. 2511 e 2515 c.c.⁴⁹. Altri, infine, qualificava le banche popolari come *tertium genus*, individuando nelle stesse una "neutralità funzionale", e quindi l'idoneità a perseguire in alternativa scopi lucrativi, mutualistici o etici, sulla base di una scelta

⁴⁸ CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, Bari 2001, p. 11 ss.; D'AMICO, *Commento all'art. 28*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 230 ss.; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 600 ss.; D'AMICO-DE POLIS, *Banche popolari*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 477; SCHLESINGER, *Le banche cooperative*, in *Riv. soc.*, 1994, p. 988 ss.; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 322 ss.; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 683 ss. (che parla di "aporia sistematica"); CASTIELLO, *Cooperazione e cooperative*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988; GAMBINO, *Sulla trasformazione delle banche popolari in aziende di credito ordinarie*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1008; FERRI, *Banca popolare*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, p. 13; App. Napoli 18 ottobre 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 404; Trib. Crema 23 marzo 1994, in *Arch. civ.*, 1995, p. 86; App. Brescia 30 dicembre 1993, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 200; Trib. Benevento 3 novembre 1992, in *Riv. not.*, 1992, p. 465.

⁴⁹ CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, cit., p. 236 (per il quale la banca popolare "è, in quanto cooperativa, tenuta al rispetto della "gestione di servizio" a favore dei soci, gestione questa consistente nella messa a disposizione di questi ultimi delle possibilità di acquisto o di utilizzazione di servizi previsti dall'oggetto sociale"; con la precisazione, però, che le banche popolari "debbono perseguire una funzione mutualistica, nei limiti dell'interesse sociale e della disciplina dell'attività, ma possono anche perseguire, compatibilmente con quest'ultima, la massimizzazione dell'utile da distribuire fra i soci"); MARANO, *Commento all'art. 28*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 444; BASSI, *Commento all'art. 29*, *ibidem*, p. 455 ss., 462 (secondo il quale "il riconoscimento della forma cooperativa dovrebbe quindi bastare, in questo come in altri settori, ad evocare l'applicazione quanto meno della disciplina del codice che ruota attorno al nucleo dello scopo mutualistico, salvo che la legge, come accade per le banche di credito cooperativo, non detti regole specifiche anche sul modo di essere della mutualità"); MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, cit., p. 589, 591 (ove l'affermazione che "le singole banche popolari ... dovranno operare secondo modalità idonee a procurare un vantaggio mutualistico ai loro soci stante la forma cooperativa (tuttora) rivestita", e "facendo in modo che il socio sostenga anche un minor costo allorquando fruisce dei "servizi" offerti"); GABRIELLI, *Sulla trasformazione da banca di credito cooperativo in banca popolare*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 836 ss.; PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 55 ss. ("a nostro parere la banca popolare, come ogni società cooperativa, deve attuare la gestione di servizio; solo che non è necessario, come è stato già rilevato, che, nel vigore del codice civile 1942, una legge speciale di disciplina di un tipo di impresa cooperativa (art. 2516 cod. civ.) espliciti il detto principio, già fissato una volta per tutte all'art. 2511 cod. civ.); COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna 2001, p. 374; FIGNAGNANI, *Clausola di gradimento e banche popolari*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 601 ss.; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 348 ss.; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 654 ss., 659 ss. (ove il rilievo che "quando il legislatore ha voluto consentire l'adozione della struttura cooperativa anche in assenza della causa mutualistica, lo ha detto formulando diversamente lo scopo associativo, come è verosimilmente avvenuto per le cc.dd. cooperative sociali"); OPPO, *Quesiti in tema di trasformazione e fusione eterogenea di banche popolari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, p. 780 ss.; MOLLE, *La Banca nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano 1987, p. 429 ss.; BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 182 ss.

rimessa all'autonomia statutaria⁵⁰. A tali ricostruzioni si contrapponevano, poi orientamenti minoritari, che qualificavano la banca popolare come cooperativa di produzione⁵¹, o addirittura escludevano la natura di cooperativa della banca suddetta⁵².

La permanenza delle banche popolari nell'area della mutualità veniva motivata, dai suoi sostenitori, con la constatazione che la legge speciale da un lato attribuisce il *nomen* di cooperative alle banche medesime (cfr., con riferimento al d. lgs. n. 385/1993, l'intitolazione del capo V, l'art. 28, comma 1, l'art. 29, comma 1)⁵³; dall'altro recepisce

⁵⁰ SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 610 ss., 636 ss.; PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, I, p. 698; CALANDRA BUONAUURA, *Forma giuridica e assetti proprietari dell'impresa bancaria*, in *La banca: l'impresa e i contratti*, Padova 2001, p. 104 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 550; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 434 ss.; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 192; TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1628; PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, in *Corr. giur.*, 1992, p. 1114; Sulla banca cooperativa "etica", cfr. CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e "finanza etica"*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 21.

⁵¹ BASSI, *Tipicità e atipicità degli enti creditizi a forma cooperativa*, in *Riv. coop.*, 1993, 11-12, p. 39; BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 306 ss. In senso critico, OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 656.

Non implica adesione al suddetto orientamento l'osservazione che vede la banca popolare privilegiare il momento della raccolta del risparmio rispetto a quello dell'erogazione del credito (in linea con l'ideologia del fondatore del credito popolare, Luzzatti, secondo il quale le banche popolari "ricevevano i depositi dai poveri per prestare ai ricchi"): PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 10.

⁵² Trib. Benevento 3 novembre 1992, in *Società*, 1993, p. 218. Per BELLI-BROZZETTI, *Banche popolari*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, II, Torino 1987, p. 160, "le banche popolari, sia in diritto che in fatto, si pongono ai margini del (o addirittura restano estranee al) fenomeno della cooperazione di credito".

Di tali tesi ha fatto giustizia Cass. 29 ottobre 1996 n. 9445, in *Foro it.*, 1996, I, c. 3673, di cui appare utile riportare uno stralcio:

"La corte non ignora la discussione da gran tempo in atto in dottrina sull'effettiva natura di tali enti, i quali, secondo un'autorevole opinione, della cooperativa conserverebbero la forma ma non la sostanza; e si rende ben conto di come il connotato della mutualità, che tradizionalmente connota le cooperative sotto il profilo causale, sia nelle banche popolari così attenuato da poter apparire talvolta persino sfuggente. Siffatti rilievi, tuttavia, non possono prevalere sul dato normativo che inequivocabilmente riconduce dette banche nel novero delle società cooperative; e, se è probabilmente lecito trarre da ciò ulteriore argomento per sostenere che l'accennato profilo causale ha ormai perso, nella disciplina degli enti associativi in genere, il rilievo che originariamente esso aveva, non è consentito invece sovvertire le indicazioni di diritto positivo per sottrarre queste particolari società alla disciplina generale delle cooperative e trattarle come se fossero delle società azionarie applicando ad esse, sic et simpliciter, le norme dettate dal codice per tale diverso tipo sociale. Certamente deve riconoscersi che, nel rapporto tra diverse normative speciali, alle banche popolari non sono applicabili, in difetto di una precisa previsione normativa in tal senso, le disposizioni dettate dalla legislazione speciale in tema di società cooperative (e, infatti, già per effetto dell'art. 1 d.leg. 16 aprile 1948 n. 569, le disposizioni del d.leg. 14 dicembre 1947 n. 1577, e successive modificazioni, non erano applicabili alle banche popolari, come ora è confermato dall'art. 29, 4° comma, d.leg. n. 385 del 1993). Ma, nel medesimo tempo, dev'essere invece ribadito che alle medesime banche popolari si applica, in linea generale, la disciplina del codice in materia di cooperative, secondo la disposizione del citato art. 2517, salvo che per specifiche norme incompatibili con le disposizioni delle leggi speciali che quelle banche riguardino".

⁵³ PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 97. L'Autore evidenzia giustamente - a p. 102 - che l'inapplicabilità alle banche popolari della legislazione speciale in tema di cooperative - legge Basevi e legge n. 59/1992 - non autorizza una riqualificazione delle banche

una serie di istituti, certo riguardanti l'aspetto strutturale del fenomeno cooperativo (determinazione di valori minimi e massimi del possesso azionario; principio del voto capitaro; principio della porta aperta), ma comunque strumentali all'attuazione della mutualità. Ma soprattutto, *la legge speciale non disciplina espressamente il profilo dello scopo mutualistico*, e ciò comporta (*ex art. 2520, comma 1, già art. 2517 c.c.*), l'applicabilità sul punto della normativa del codice civile, che qualifica lo scopo mutualistico come ontologicamente essenziale nella cooperativa⁵⁴.

D'altra parte, l'orientamento tendente a svalutare il profilo della mutualità nelle banche popolari aveva tratto nuova linfa dalla recente legislazione. La quale aveva escluso l'applicabilità alle banche popolari della legge n. 59/1992 (e con essa l'importante componente della mutualità esterna, con l'esclusione degli obblighi di contribuzione e devoluzione a favore dei fondi mutualistici). Il testo unico bancario del 1993 - pur contemplando una serie di disposizioni che accentuano il carattere cooperativo sotto il profilo formale, con un accenno anche testuale allo "spirito della forma cooperativa" - ha ribadito l'esclusione dell'applicazione della legge Basevi (art. 29, comma 4, t.u.b.), nel contempo *non prevedendo alcuna limitazione alla distribuzione di utili*, ed accentuando il tasso di lucratività anche mediante la previsione di un limite massimo della singola partecipazione in termini percentuali, addirittura inapplicabile agli organismi di investimento collettivo⁵⁵. L'inapplicabilità delle leggi speciali sulla cooperazione, e l'elevazione del tasso di lucratività, erano peraltro argomenti poco convincenti per escludere la mutualità delle banche popolari, nella misura in cui rimaneva comunque applicabile ad esse la disciplina codicistica degli artt. 2511 ss.; tanto che la maggior parte degli autori sentiva l'esigenza di motivare ulteriormente, ricollegandosi all'evoluzione "sociologica", verso il mercato, delle banche popolari: argomento, anche questo, di scarso peso sotto il profilo tecnico-giuridico. Volendo sintetizzare, si potrebbe

stesse come società lucrative, visto che comunque si applicano alle suddette banche le norme codicistiche in tema di cooperazione.

⁵⁴ Non è sufficiente, quindi, il fatto che nessuna norma della legislazione speciale sulle banche popolari prevede la gestione di servizio a favore di soci (per tale argomento, tra gli altri, TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1628); l'incompatibilità, *ex art. 2520, comma 1, c.c.*, può essere predicata solo se la gestione di servizio si riveli non coerente con il sistema speciale del testo unico bancario, circostanza che non è stata dimostrata.

Non può essere considerata decisiva, anche se è comunque significativa ai fini in esame, la previsione dell'art. 30, comma 6, t.u.b., che nel limitare all'esercizio dei diritti patrimoniali la posizione del socio non gradito, implicitamente individua un *quid pluris* cui condizionare i diritti amministrativi: questo *quid pluris* si identifica sostanzialmente con i requisiti necessari per la partecipazione all'attività mutualistica (residenza o attività dei soci nell'ambito di operatività territoriale della banca; solvibilità; ecc.). Su tali aspetti cfr. SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 455 ss.

⁵⁵ Sulla rilevanza di tali indici, cfr. SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 606 ss.

dire che *l'opinione dell'insussistenza dello scopo mutualistico nelle banche popolari era più affermata che dimostrata*: con un tipico procedimento di *Inversionsmethode*, si faceva quindi conseguire dall'elaborazione teorica del concetto di banca popolare la sua disciplina, e non viceversa ⁵⁶.

Con il d. lgs. n. 6/2003 viene introdotta una norma di fondamentale importanza sotto il profilo in esame, *l'art. 2520, comma 2, c.c.*, dalla quale si desume chiaramente che lo schema causale della cooperativa, *in assenza di una norma di legge derogatrice - che non esiste nel testo unico bancario* - è quello della "gestione di servizio" a favore dei soci ⁵⁷.

Il recente d. lgs. n. 310/2004 introduce quindi, con l'art. 150-*bis*, sia una serie di *nuovi argomenti* a favore della sussistenza, nelle banche popolari, di uno scopo mutualistico nel senso tradizionale del termine, sia, nel contempo, alcuni *forti elementi di differenziazione rispetto alla mutualità codicistica*. In primo luogo, l'art. 150-*bis* del t.u.b. dichiara espressamente inapplicabili alle banche popolari sia gli artt. 2512 e 2513 c.c. (che attribuiscono rilevanza all'attività prevalente con i soci), sia l'art. 2514 c.c. (che disciplina le c.d. clausole non lucrative); ciò in linea di continuità con la previsione dell'art. 29, comma 4, del t.u.b., che dichiara inapplicabile alle banche popolari la c.d. legge Basevi. *Nelle banche popolari, quindi, la mutualità prevalente non ha alcuna rilevanza giuridica, e né il testo unico bancario, né le norme codicistiche applicabili alle banche suddette prevedono la compressione del lucro soggettivo.*

D'altra parte, è confermata la *possibilità che l'intero avanzo di gestione - dedotte le riserve obbligatorie per legge* anche in conformità alla disciplina bancaria - *sia distribuito ai soci come dividendo*; si dichiarano infatti espressamente inapplicabili gli artt. 2514, e 2545-*quinquies* (comma 1) c.c., che prevedono l'obbligo statutario di

⁵⁶ Per la critica al metodo concettualistico, cfr. DI GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 8 ss., che stigmatizza il pregiudizio che il concetto di un istituto sia un *prima*, dal quale debba essere dedotto il *dopo* del fenomeno, e quindi la pretesa "di dare ai concetti giuridici e alle costruzioni sistematiche una forza produttiva che essi non hanno", mentre in realtà "il concetto può avere soltanto una funzione *descrittiva* della realtà giuridica".

⁵⁷ SCHIRO', *Mutualità e scopo di lucro nelle cooperative settoriali*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova 2004, p. 97.

Per l'esistenza di una riserva di legge nell'art. 2520, comma 2, c.c., che ammette l'esistenza di cooperative prive della c.d. gestione di servizio (mutualità interna) solo ed esclusivamente nei casi espressamente previsti dalla legge, BONFANTE, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Bonfante, Cottino, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 2430; MARASA', *Problemi della legislazione cooperativa e soluzioni della riforma*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, Padova 2004, p. 17; CALANDRA BUONAURA, *Lo scopo mutualistico nel progetto di riforma delle cooperative*, in *Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano 2003, p. 194 ss.; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Vella, Torino 2004, p. 3; ROCCHI, *La nuova disciplina dei ristorni*, *ibidem*, p. 66.

comprimere il dividendo da distribuire ai soci. L'art. 32 del t.u.b. - che costituisce quindi la fonte esclusiva di disciplina sul punto - dispone che solo il dieci per cento degli utili annui sia accantonato a riserva legale; *non prevede alcun obbligo di contribuzione a favore dei fondi mutualistici*; consente virtualmente che *l'intero utile residuo* (pari al 90%) sia *distribuito ai soci* (sono, infatti, meramente facoltativi l'accantonamento ad altre riserve - anche se bisogna tener conto dei vincoli derivanti dalla disciplina bancaria - e la devoluzione a fini di beneficenza o assistenza)⁵⁸. *Ai soci possono essere, poi, distribuite le riserve sociali nella loro totalità all'atto dello scioglimento della banca popolare o del singolo rapporto sociale.*

Vi sono, nel contempo, tutte le *disposizioni codicistiche* sopra elencate (artt. 2511, 2515, 2516, 2521, 2527, comma 1, 2529, 2532, 2533, 2545, 2529, 2537 c.c.), non espressamente escluse a norma dell'art. 150-bis del t.u.b., che contribuiscono ad individuare *nello scopo mutualistico un elemento essenziale della cooperativa*. La mancata indicazione di tali norme nel suddetto art. 150-bis depone, si è visto, per la *compatibilità (presunta)* delle stesse con la disciplina bancaria: sarebbe quantomeno singolare che il legislatore del 2004, che pure si è preoccupato di individuare analiticamente le norme codicistiche inapplicabili alle banche in oggetto, abbia tralasciato di indicare le numerose disposizioni riguardanti lo scopo mutualistico e la gestione di servizio. Si aggiunga che il legislatore delegato aveva l'espresso mandato (art. 5, ultimo comma, della legge n. 366/2001) di emanare norme di "coordinamento" tra la riforma societaria e la legge bancaria; e che appare pertanto pienamente legittimo un intervento volto a far chiarezza su un punto così importante, attinente proprio al *coordinamento tra legge speciale e codice civile*.

Non si può, quindi, continuare ad affermare l'incompatibilità della "gestione di servizio" con la normativa speciale, come si faceva in passato, sulla base di meri dati

⁵⁸ Per la possibilità che l'intero utile, al netto dell'accantonamento della riserva obbligatoria, sia distribuito ai soci della banca popolare, cfr. tra gli altri BASSI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 457; DE LILLO, *Commento all'art. 32*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 257 ss.; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 590; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 546 ss.; TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1623.

Quanto sopra risulta ora chiaramente dal disposto dell'art. 150-bis, comma 1, t.u.b., che dichiara inapplicabile, tra l'altro, alle banche popolari l'art. 2545-*quinquies* c.c., il cui primo comma impone la limitazione statutaria dei dividendi nelle cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente; mentre una tale limitazione non è richiesta dall'art. 32, comma 2, t.u.b.

"sociologici", o in considerazione della maggiore "lucratività" del tipo banca popolare. Chi intende contestare tale compatibilità ha quindi l'onere di motivarla rigorosamente ⁵⁹.

Non costituisce argomentazione sufficiente, sul punto, la circostanza che non vi siano limitazioni legali alla *ripartizione degli utili*, e che non sia obbligatorio prevedere limitazioni statutarie a tal fine. La circostanza è certo significativa nel valutare il "tasso di lucratività" delle banche popolari - che è sicuramente più elevato rispetto alle altre cooperative - ma non è invece decisiva per escludere lo scopo mutualistico ⁶⁰; difatti, il vincolo - che si vedrà esistere - all'attività degli organi sociali al perseguimento, in via prioritaria, dello scopo mutualistico, fa sì che *l'azione della cooperativa non sia diretta, in primo luogo, alla "massimizzazione del profitto"* ⁶¹: come è stato detto incisivamente, i capitali che apportano i singoli soci non sono definibili come "capitale di speculazione",

⁵⁹ Come correttamente afferma Cass. 29 ottobre 1996 n. 9445, in *Giust. civ.*, 1997, II, p. 682, con nota adesiva di SALAFIA, al fine di affermare l'incompatibilità della disciplina codicistica sulle cooperative con la normativa speciale delle banche popolari, occorrerebbe "poter anche dimostrare che la norma del codice della cui applicazione si discute è incompatibile con una o più disposizioni della legge speciale; ed, in coerenza con tale premessa, occorrerebbe poi anche essere in grado di individuare, nella medesima legge speciale (non già in norme previste dal codice per società di altro tipo), la disposizione applicabile in luogo di quella ritenuta incompatibile".

⁶⁰ Parte della dottrina enfatizza la rilevanza del profilo in esame, ai fini dell'individuazione o meno nelle banche popolari del carattere di mutualità: cfr. per tutti SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 610 (ed ivi riferimenti).

Evidenzia invece l'assenza di un "rapporto di derivazione" tra la limitazione legale al lucro soggettivo e lo scopo mutualistico, LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, cit., p. 483 ss.

In particolare, PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 145, evidenzia come sia rimessa "all'autonomia dei soci ogni scelta sulla quantità di utili distribuibili da vincolare a favore dell'operatività in senso mutualistico; con ciò il legislatore sembra aver "voluto" esprimere la preferenza per un modello quanto mai elastico di banca cooperativa, capace di adattarsi alle istanze lucrative degli azionisti e dei soci operatori, non meno che al bisogno di credito dei secondi. Diversamente dal passato, infatti, la banca popolare non è tenuta a svolgere la propria funzione indirizzando verso la gestione di servizio tutte le risorse disponibili ... è oggi sufficiente al rispetto dello scopo mutualistico che qualunque "percentuale (...) degli utili ripartibili", seppure modesta, sia a ciò destinata".

Ancora, è stato opportunamente evidenziato che "la presenza nelle banche popolari di interessi capitalistici non esclude la loro essenza cooperativa ma ne limita la protezione costituzionale (che riserva incentivi e privilegi solo alla cooperazione con carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata): siamo di fronte, però, non ad una falsa cooperazione, ma ad una "cooperazione meno meritevole" che, in quanto tale, non è ammessa alle agevolazioni fiscali previste per la cooperazione ordinaria": PELLEGRINI, *Concentrazioni bancarie e disciplina delle banche popolari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 409.

⁶¹ Escludono che l'attività degli organi della banca popolare possa essere diretta alla massimizzazione dell'utile, LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, cit., p. 479 ss.; SANTOSUOSSO, *Cooperazione e mutualità nelle banche popolari: disciplina giuridica e prassi statutaria*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1991, I, p. 331 (il quale evidenzia che nella banca popolare "i rapporti fra banca e cliente non presentano i tratti di semplice scambio tra produttore e consumatore, ma che l'intermediazione ... è basata su un rapporto di fiducia: il fine del produttore, in altri termini, non è quello di massimizzare il profitto assolutamente ed esclusivamente, ma di ottenere il guadagno aiutando il cliente ad ottenere il proprio, ed essendo a sua volta facilitato dalla conoscenza del cliente medesimo"); SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 358.

ma piuttosto come "capitale di risparmio"⁶², nel senso che la banca popolare costituisce il crocevia nel processo di trasformazione del capitale "popolare" nel credito "popolare", e ciò costituisce una differenza fondamentale rispetto al momento causale delle società lucrative.

Parte della dottrina ha utilizzato, quale argomento per affermare il distacco delle banche popolari dalle società cooperative, la *previsione in termini percentuali del limite massimo del possesso azionario*⁶³ (art. 30, comma 2, t.u.b.); al rilievo che anche nelle cooperative codicistiche è venuto meno, da tempo, il carattere di modicità dell'investimento azionario⁶⁴, può oggi aggiungersi la considerazione decisiva che il nuovo art. 2525 c.c., al comma 3, prevede, per le cooperative ordinarie, la possibilità che l'atto costitutivo di cooperative con più di cinquecento soci elevi il limite sino al due per cento del capitale sociale (percentuale ben più elevata di quella prevista dall'art. 30 t.u.b.).

Né può essere considerato valido argomento, per escludere la mutualità o per affermare una "neutralità funzionale" dello schema della banca popolare, quello "*sociologico*", tratto dall'osservazione della *prassi statutaria*, che tende a non disciplinare la gestione di servizio, e qualifica spesso la mutualità in termini più o meno accentuati di "localismo", "promozione, valorizzazione, diffusione del piccolo risparmio", "promozione di una determinata zona a vantaggio degli operatori economici che vi lavorano, specialmente piccoli imprenditori", e simili⁶⁵: *unico profilo rilevante, ai fini di cui trattasi, è quello strettamente giuridico*, a nulla rilevando eventuali prassi difformi se ritenute *contra legem*⁶⁶; d'altra parte, la "neutralità" degli statuti societari *sub specie*

⁶² SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 363.

⁶³ RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 316 ss.; PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, cit., p. 1194.

⁶⁴ PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 110.

⁶⁵ Per tale approccio, cfr. SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 620 ss.; CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 33 ss.; MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, cit., p. 584 ss.; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 451; SANTOSUOSSO, *Cooperazione e mutualità nelle banche popolari: disciplina giuridica e prassi statutaria*, cit., p. 311 ss.; GAMBINO, *Sulla trasformabilità delle banche popolari in aziende di credito ordinarie*, in *Giur. comm.*, 1984, II, p. 1008.

Contesta tale impostazione OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, cit., il quale correttamente evidenzia che - come risulta dalla dichiarazione di identità cooperativa elaborata nel congresso di Manchester dell'Alleanza cooperativa internazionale del 20-23 settembre 1995 - la cooperativa "è e deve restare strumento di soddisfazione di interessi degli associati e sia pure di interessi non esclusivamente economici".

⁶⁶ Esattamente, BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 178 ("potrà anche verificarsi - in ipotesi - che una o alcune banche popolari non perseguano (o non perseguano più) il detto scopo, si tratterà peraltro di una situazione anomala che riguarderà solo quelle singole banche e che varrà a provocare l'adozione delle relative sanzioni, ma che non potrà essere invocata per identificare la "categoria", dato che a questi effetti si deve avere riguardo unicamente alla fattispecie tipica considerata dal legislatore per ricollegarvi la relativa disciplina").

mutualitatis era, anteriormente alla riforma, un dato comune a tutte le cooperative, anche quelle codicistiche.

Di "neutralità funzionale" della banca popolare si è parlato con riferimento alle *norme che agevolano la trasformazione e fusione eterogenea, da cui risulti una banca società per azioni* (art. 31 t.u.b.)⁶⁷; che anche tale argomento sia inutilizzabile ai fini in oggetto emerge chiaramente dall'evoluzione del sistema normativo, ed in specie - per quanto concerne il diritto comune - dall'art. 2545-*decies* c.c., che consente la trasformazione di qualsiasi cooperativa (purché a mutualità non prevalente) in società lucrativa, nello stesso tempo in cui le altre norme codicistiche valorizzano lo scopo mutualistico.

Non rileva neanche la circostanza, da taluno reputata significativa, della mancata previsione, ad opera della legge bancaria, di *requisiti soggettivi* per l'appartenenza alla compagine sociale⁶⁸: si tratta della condizione in cui oggi versano, in realtà, tutte le cooperative, posto che l'art. 2527, comma 1, c.c., non prevede specifici requisiti di partecipazione, ma demanda allo statuto la fissazione degli stessi (e tale disposizione non è stata elencata, dall'art. 150-*bis* t.u.b., tra quelle inapplicabili alle banche popolari).

Non incide d'altra parte sulla questione in esame la disciplina del *placet* al trasferimento delle azioni delle banche popolari, che consente all'*acquirente non gradito l'esercizio dei soli diritti patrimoniali*; disciplina che solo ad un esame superficiale sembrerebbe confermare il perseguimento ad opera delle banche popolari di uno scopo semplicemente lucrativo; al contrario, è stato correttamente evidenziato che la preclusione, per gli azionisti non graditi, della possibilità di partecipare - anche con funzioni di mero controllo - al governo della società, sta "quasi a sottolineare che l'assetto organizzativo sociale è in funzione (anche) di interessi diversi dal raggiungimento di finalità lucrative"⁶⁹.

Nel testo unico bancario, l'unica disposizione che si occupa specificamente della mutualità delle banche popolari, è quella contenuta nel comma 6 dell'art. 150-*bis*, che prevede l'indicazione (facoltativa) nello statuto dei *ristorni a favore dei soci*. La disposizione da un lato implica l'esistenza di una gestione di servizio, e quindi di rapporti mutualistici con i soci, nell'ambito dei quali è consentito (anche se non obbligatorio) riconoscere ai soci un "vantaggio mutualistico"; per altro verso deroga sensibilmente alla

⁶⁷ D'AMICO, *Commento all'art. 28*, cit., p. 232.

⁶⁸ CASTALDI-DI BIASE, *Banche popolari*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 458.

⁶⁹ SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 350.

normativa codicistica, nell'ambito della quale il vantaggio mutualistico è reputato "essenziale", e non meramente opzionale.

L'apparente contraddizione (mutualità "necessaria" nelle banche popolari, in base alle disposizioni codicistiche sopra richiamate, ma "facoltativa" per quanto specificamente attiene all'elemento dei ristorni) può spiegarsi tenendo conto di alcune peculiarità della mutualità creditizia. Da un lato, come per le banche di credito cooperativo, anche per le banche popolari l'ottenimento di un vantaggio economico *sub specie* di ristorno non è la ragione principale, né la ragione tipica, che spinge i soci ad entrare in cooperativa, esistendo invece altre ragioni, individuabili sinteticamente nella "*promozione delle economie individuali*", anche imprenditoriali ⁷⁰, dei soci stessi, ovviamente *per mezzo dell'attività bancaria, che i medesimi soci possono "governare" in posizione paritaria - grazie al voto capitario - ed a prescindere dall'entità dell'investimento azionario* ⁷¹.

D'altro lato, il fatto che nelle banche popolari *l'esercizio in via prevalente dell'attività bancaria a favore dei soci* non abbia giuridica rilevanza (stante l'inapplicabilità degli artt. 2512 e 2513 c.c.) non significa che sia esclusa, in dette banche, la gestione di servizio. Già da tempo la dottrina ha segnalato l'indipendenza dei due profili (gestione di servizio e mutualità prevalente), evidenziando che la gestione di servizio, che attribuisce al socio una posizione giuridicamente tutelata all'ottenimento del "vantaggio mutualistico", non ha nulla a che fare con la preclusione o la limitazione dell'attività con terzi, fino a quando quest'ultima non comprometta il suddetto vantaggio ⁷². Se qualche dubbio poteva sussistere nel vigore del codice del 1942, allorquando parte della dottrina riteneva in ogni caso intrinseca all'essenza della cooperativa la mutualità prevalente ⁷³, dubbi non possono più sussistere a seguito della riforma del 2003, che ha espressamente riconosciuto la categoria delle *cooperative a mutualità non prevalente, alle quali pure si applicano in*

⁷⁰ Per la vocazione delle banche popolari a servizio delle piccole e medie imprese, cfr. CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, cit., p. 223 ss.

⁷¹ MARANO, *Banche popolari e scopo mutualistico*, cit., p. 585 ss.; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 359 ("l'essenza mutualistica si viene a radicare nelle modalità stesse in cui l'ente opera, vale a dire in una attività creditizia svolta conformemente a quelle particolari esigenze di promozione economica della base sociale ... La produzione di beni e di servizi bancari non è diretta dunque semplicemente al compimento di operazioni da cui trarre un utile, bensì viene diretta in funzione della realizzazione di determinati interessi economici che, nel settore creditizio, possono esprimere talune categorie sociali").

⁷² LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, cit., p. 566.

⁷³ Cfr., tra gli altri, OPPO, *L'essenza della società cooperativa e gli studi recenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 369 ss., ora in *Diritto delle società. Scritti giuridici*, II, Padova 1992, p. 527 ss.

genere le norme sulla gestione di servizio e sui ristorni ⁷⁴. Per fare un esempio limite: se la banca popolare ha cinquecento soci, e svolge la propria attività creditizia con ciascuno di essi, ha pienamente adempiuto al proprio scopo mutualistico, anche se nel contempo presta i propri servizi a cinquemila soggetti estranei alla cooperativa (attività prevalente con terzi) ⁷⁵.

L'instaurazione di rapporti mutualistici con i soci - lungi dall'essere esclusa da alcuna norma del testo unico bancario - è quindi da ritenersi doverosa per gli organi sociali, in base alle norme codicistiche sopra richiamate; né vi è altra ragione di incompatibilità della normativa codicistica che alla gestione di servizio, come si è visto, fa in più occasioni riferimento.

In definitiva, lo scopo mutualistico, inteso come "gestione di servizio" e quindi come obbligo degli organi sociali di stipulare rapporti mutualistici con i soci, è parte essenziale dell'essenza delle banche popolari, anche se non preclude alle banche stesse l'operatività prevalente con i terzi non soci, e non obbliga le medesime banche a praticare ristorni o altro tipo di vantaggio mutualistico a favore dei soci.

D'altra parte, è anche possibile che la banca popolare non svolga in concreto attività bancaria a favore dei propri soci, o che la espliciti in misura non rilevante. E' vero che - affinché possa parlarsi di scopo mutualistico - è indispensabile che quest'ultimo sia presente in modo significativo, pena l'impossibilità di qualificare la banca come "cooperativa" ⁷⁶; è però anche vero che la banca non può certo obbligare i propri soci ad instaurare rapporti con essa, ma può solo indirizzare l'attività dei propri organi al perseguimento del suddetto scopo mutualistico, ed una volta che ciò avvenga, nessun rilievo può esserle fatto ⁷⁷. Stante, infatti, la distinzione - ben chiarita dalla riforma societaria del 2003 - tra rapporto sociale e rapporto mutualistico - è certamente

⁷⁴ Cfr. per tutti CECCHERINI, *Società cooperative e mutue assicuratrici*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano 2003, p. 186.

⁷⁵ SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 356 ("Lo scopo mutualistico come tratto caratterizzante del fenomeno cooperativo pare invece più realisticamente potersi radicare nei suoi aspetti soggettivi, come diritto del singolo partecipante alla fruizione dei servizi sociali, indipendentemente dalla condizione che i destinatari dell'attività siano, quantomeno in prevalenza, i soci stessi; inteso in questo senso, esso non risulta estraneo nemmeno alle banche popolari").

⁷⁶ Per tale conclusione, riferita in genere a tutte le cooperative a mutualità non prevalente, OPPO, *Le banche cooperative tra riforma della cooperazione e legislazione speciale*, cit., p. 753.

⁷⁷ Rileva SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 444, che all'origine dell'evoluzione verso il mercato delle banche popolari vi è la spinta all'utilizzo dei depositi che rimanevano in esubero per la scarsa domanda di servizi di prestito da parte dei soci.

ipotizzabile la figura del "socio inerte"⁷⁸ di banca popolare, che partecipi alla stessa unicamente per lucrare il dividendo e non faccia quindi domanda per partecipare allo scambio mutualistico; della frequente ricorrenza di tale interesse meramente capitalistico si è fatto carico il d. lgs. n. 385/1993, nel prevedere, al comma 6 dell'art. 30, la salvaguardia dei diritti patrimoniali dell'acquirente di azioni in assenza del gradimento⁷⁹.

Può quindi concludersi affermando che *tutti i soci della banca popolare hanno una posizione giuridicamente tutelata* (qualificabile probabilmente alla stregua di "interesse legittimo") *a che l'attività degli organi sociali sia indirizzata allo svolgimento di rapporti mutualistici con i soci stessi* (sia sul lato dell'erogazione del credito che della raccolta del risparmio); di tale attività - da svolgersi, ad esempio, mediante un'opportuna attività promozionale, o assicurando la preferenza ai soci nell'offerta di alcuni, se non di tutti i servizi bancari⁸⁰, o anche eventualmente assicurando ad essi condizioni di favore per tutte o alcune delle prestazioni bancarie - deve essere dato conto, a norma dell'art. 2545 c.c., nella nota integrativa al bilancio, e *la violazione di tale dovere di comportamento espone gli amministratori a responsabilità, ed alla possibile revoca per giusta causa*. In ciò si esaurisce la "componente essenziale" dello scopo mutualistico delle banche popolari. Per converso:

- *non sussistendo il vincolo dell'attività prevalente con i soci* (arg. ex art. 150-bis, commi 1 e 2, t.u.b., che dichiara inapplicabili alle banche popolari gli artt. 2512 e 2513

⁷⁸ Sulla figura del c.d. socio inerte, che non presenta domanda per avvalersi dei servizi mutualistici, e non usufruisce quindi del relativo scambio, come fattispecie legittima in ambito cooperativo, in conseguenza della duplicità dei rapporti (sociale e mutualistico) intercorrenti tra società e socio cooperatore: BASSI, *Cooperazione e mutualità. Contributo allo studio della cooperativa di consumo*, Napoli 1976, p. 21, 43 e 53; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, cit., p. 115 ss.

⁷⁹ Le ragioni illustrate nel testo, se portano a condividere la conclusione della "piena compatibilità con la struttura mutualistica delle banche popolari della partecipazione di soci portatori di finalità speculative" (RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 688), nonché la valutazione per cui ai soci investitori "può attribuirsi di fatto la stessa funzione assegnata dal legislatore ai soci sovventori nelle "altre" cooperative" (MARANO, *Commento all'art. 28*, cit., p. 447), non rendono necessario, a tal fine, ipotizzare un "tramonto dello scopo mutualistico".

Si è d'altra parte rilevato (BASSI, *Commento all'art. 32*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 502) che il livello di lucratività delle banche popolari è comunque ridotto rispetto a quello delle società lucrative, poiché limitata è la quantità dell'investimento in esse consentito, a norma dell'art. 30, comma 2, t.u.b.

La circostanza che le partecipazioni al capitale della banca popolare non sono meramente strumentali all'instaurazione del rapporto mutualistico, ma hanno anche una rilevante componente di "investimento", fa sì che le stesse - secondo l'orientamento prevalente - rientrino nella comunione legale dei beni tra coniugi (anche se non può condividersi, come chiarito nel testo, l'assunto che tali partecipazioni abbiano esclusiva finalità lucrativa): Trib. Cassino 1 settembre 1998, in *Notariato*, 1999, p. 335, con nota di ZAPPONE, *Sull'acquisto in comunione legale delle partecipazioni azionarie nelle banche popolari*.

⁸⁰ PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., evidenzia che "storicamente nelle Popolari il principio della gestione di servizio non si estrinseca nella inibizione della operatività con i terzi, vista come contraria alla natura dell'attività esercitata e alla ispirazione non classista del movimento, ma piuttosto consiste nella preferenza da accordarsi al socio per le concessioni di credito rispetto ad analoghe richieste provenienti da non soci".

c.c.), *legittimamente la banca popolare svolge la propria attività prevalentemente con i terzi non soci;*

- *non sussistendo l'obbligo di limitazione statutaria dei dividendi (arg. ex art. 150-bis, commi 1 e 2, t.u.b., che dichiara inapplicabili gli artt. 2514 e 2545-quinquies c.c.), legittimamente la banca popolare distribuisce ai soci tutti gli utili che residuano dopo l'accantonamento alle riserve obbligatorie, ed eventualmente tutte le riserve all'atto dello scioglimento del rapporto sociale;*

- *non sussistendo l'obbligo, ma solo la facoltà di attribuire ai soci un vantaggio mutualistico (arg. ex art. 150-bis, comma 6, t.u.b.), legittimamente la banca popolare pratica le medesime condizioni contrattuali a favore dei soci e dei terzi, ovvero attribuisce un vantaggio mutualistico esclusivamente per alcuni servizi bancari (ad esempio, finanziamenti per l'acquisto della prima casa);*

- *non sussistendo, secondo i principi generali, un obbligo del socio di fare domanda per usufruire dei servizi bancari (erogazione del credito, raccolta del risparmio), legittimamente il socio stesso può entrare e rimanere in cooperativa senza instaurare rapporti mutualistici, e limitarsi a lucrare i dividendi.*

Tutto ciò rientra, a ben vedere, nella normale dialettica tra codice civile e legislazione speciale. Come è stato incisivamente, affermato, al fine di giustificare la peculiarità di disciplina delle banche popolari, anche per ciò che riguarda il profilo funzionale, non è necessario predicarne la "lucratività" con esclusione della "mutualità", essendo sufficiente cogliere soltanto "lo specifico della loro cooperatività" in base alla dialettica legislazione speciale-codice civile, regolata dall'art. 2520, comma 1, c.c. (già art. 2517 c.c.)⁸¹, sulla base del quale "lo stesso sistema delle cooperative accetta l'idea di misurarsi con microsistemi"⁸². *Non è quindi necessario ipotizzare - come ha fatto parte della dottrina per le banche popolari di grandi dimensioni che non assicurano condizioni particolari ai soci - uno scopo sostanzialmente lucrativo, o uno scopo variabile, a scelta lucrativo o mutualistico, e quindi una presunta "facoltatività" dello scopo mutualistico stesso*⁸³. In definitiva, la mutualità nelle banche popolari è ravvisabile già nel fatto di mettere i servizi bancari a disposizione dei soci (i quali potranno o meno, a loro scelta,

⁸¹ SCHIUMA, *Le banche popolari e l'organizzazione "cooperativa" della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 331.

⁸² Per lo sviluppo di tale opzione sistematica, cfr. PETRELLI, *Cooperative e legislazione speciale*, studio n. 5379/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 2.

⁸³ Per la "facoltatività" dello scopo mutualistico delle banche popolari, cfr. TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1628.

usufruire dei servizi della "loro" banca, nella quale ciascuno ha un peso decisionale identico a quello di ciascun altro, grazie al meccanismo del voto capitario); il tutto nell'ambito di un disegno di incentivazione e sviluppo delle economie individuali dei soci, che ha già in sé i caratteri della mutualità.

In tale dimensione, lo scopo mutualistico può però assumere caratteristiche più tradizionali, se lo statuto prevede l'attribuzione ai soci di *vantaggi economici* al momento dello scambio mutualistico o, successivamente, in forma di ristorno; tale elemento non è comunque assolutamente essenziale perché di scopo mutualistico possa parlarsi. Ciò dipende, oltretutto, dal carattere "diffuso" del bisogno mutualistico nella cooperazione di credito, che attenta dottrina ha evidenziato già da tempo ⁸⁴; circostanza che spiega e giustifica - oltre alla normale assenza di ristorni ed in genere di vantaggi mutualistici in senso tradizionale - anche la prevalente operatività delle banche popolari nei confronti di terzi non soci ⁸⁵.

Detto ciò, non si può tuttavia non considerare la *peculiarità del profilo funzionale della banca popolare*, nella quale lo *scopo mutualistico* mantiene sì la centralità che il codice civile riserva alle cooperative in genere, ma in concomitanza con il ruolo pregnante assegnato allo "*scopo di investimento*": quale emerge sia dalla possibilità di distribuzione integrale degli utili prodotti (art. 32, comma 2, t.u.b.), sia dalla disciplina dell'art. 30, comma 6, t.u.b. (spettanza dei soli diritti patrimoniali agli acquirenti delle azioni non graditi), sia dal *privilegio accordato agli investitori istituzionali* (organismi collettivi di investimento in valori mobiliari), la cui partecipazione alla banca popolare non soffre i limiti previsti per il possesso azionario per gli altri soci (art. 30, commi 2 e 3, t.u.b.), ed è quindi soggetta ai limiti generali di partecipazione alle società bancarie (cfr. artt. 19 e seguenti t.u.b.) ⁸⁶. Si può allora sviluppare l'intuizione di autorevole dottrina ⁸⁷,

⁸⁴ LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, cit., p. 483 ss.

⁸⁵ LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, cit., p. 483 ss., il quale evidenzia la "relazione di solidarietà tra l'interesse dei *soci* all'assunzione dell'iniziativa dell'azione cooperativa e il complesso dei bisogni individuato dall'*ambiente*, per il cui soddisfacimento la funzione di servizio è destinata ad essere realizzata"; cosicché l'attività della cooperativa costituisce strumento "sia dell'attuazione dell'interesse patrimoniale dei soci, che trova espressione nella qualificazione societaria del rapporto e contenuto nell'utile derivante dallo svolgimento per il mercato dell'azione cooperativa; sia nel soddisfacimento dei bisogni diffusi, che, in quanto assunto a fine dell'azione sociale, costituisce parametro imprescindibile ... di determinazione dei concreti contenuti che l'azione medesima via via deve assumere". Ciò implica, secondo l'autore, che la funzione sociale della cooperativa, ex art. 45 Cost., venga soddisfatta direttamente allorché i bisogni mutualistici sono diffusi, indirettamente allorché siano caratterizzati da specificità e concentrati in capo ai soci cooperatori. Le osservazioni di Leo sono condivisibili nella misura in cui spiegano la ragione giustificatrice dello svolgimento, da parte delle banche popolari, di attività in via prevalente con terzi; mentre non possono essere accolte nella misura in cui, con esse, si vuole sostenere l'estraneità del fenomeno della "gestione di servizio" nella cooperazione creditizia.

⁸⁶ Cfr. D'AMICO-MANCINELLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 242 ss.

affermando chiaramente che *nelle banche popolari lo scopo lucrativo non è necessariamente strumentale ed ancillare rispetto allo scopo mutualistico, ma può coesistere con esso, come interesse distintamente perseguibile dai soci, e dagli organi sociali, sia pure con le limitazioni derivanti dall'essenza cooperativa della banca popolare*. In particolare, la lucratività rinvenibile in tale tipologia di banca non comporta conseguenze in termini di *corporate governance*, e non incide - almeno formalmente ⁸⁸ - sul principio di democrazia cooperativa, stante la *rigidità della regola del voto capitario* (art. 30, comma 1, t.u.b.) ⁸⁹, il quale ultimo giustifica l'assenza, *nella disciplina delle banche popolari, di correttivi analoghi a quello previsto per le cooperative ordinarie dall'art. 2526 c.c.* (limitazione nella misura massima di un terzo dei voti spettanti ai soci "investitori" nelle singole assemblee societarie).

Venendo, infine, al profilo della *mutualità esterna*, è importante evidenziare l'inesistenza, nelle banche popolari, di *obblighi di contribuzione e devoluzione a favore dei fondi mutualistici* (non si applicano infatti alle banche popolari la legge n. 59/1992, e gli artt. 2514, 2545-*quater*, 2545-*undecies* c.c.); peraltro, se ciò può influire sull'appartenenza o meno delle nostre banche all'area della cooperazione "protetta" ai fini tributari - ed infatti le banche popolari ne sono pacificamente escluse - ciò non preclude l'appartenenza all'area della cooperazione *tout court*. Piuttosto, con tutta probabilità *non spettano alle banche popolari le agevolazioni non tributarie (previdenziali, creditizie, ecc.), accordate in funzione della natura di "cooperativa" del soggetto beneficiario* ⁹⁰: l'art. 11, comma 10, della legge n. 59/1992, nel disporre che "le società cooperative e i

⁸⁷ OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, cit., p. 468 ss., il quale dubita - in punto di strumentalità dello scopo lucrativo rispetto allo scopo mutualistico - che "la risposta al quesito abbia ad essere identica per le banche popolari e per le banche di credito cooperativo".

⁸⁸ Diverso è il problema del "peso specifico" che il grande investitore può avere "di fatto" nella banca popolare, pur in presenza del voto capitario: D'AMICO, *Commento all'art. 28*, cit., p. 232.

⁸⁹ E' stato opportunamente rilevato che la regola del voto capitario non può essere ricollegata esclusivamente ai principi di democrazia cooperativa, ma che la stessa deve essere apprezzata anche quale "naturale corollario della coincidenza della mutualità con la gestione di servizio e del conseguente carattere non capitalistico della partecipazione alla cooperativa" (SIMONETTO, *Società e mutualità*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 411. Nello stesso senso, BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 189 ss.); ciò sta a dimostrare come "lo scopo istituzionale della cooperativa non consista, come quello societario, nel perseguimento dell'interesse lucrativo dei soci" (LEO, *La legge sulle casse rurali e artigiane e l'essenza della cooperativa*, in *Riv. soc.*, 1966, p. 582). La previsione del voto capitario anche nelle banche popolari sta, quindi, a dimostrare la minor rilevanza dello scopo lucrativo delle banche stesse rispetto alle società lucrative.

⁹⁰ Per l'esclusione delle banche popolari dalle agevolazioni previdenziali previste per le cooperative, GIUBILEI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 239 ss.; Cass. 19 novembre 1991 n. 12378, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Previdenza sociale*, n. 441; Cass. 26 novembre 1985 n. 5887, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2844; Cons. Stato 20 ottobre 1971 n. 1800, in *Cons. Stato*, 1971, I, 2, c. 1592. *Contra*, per la spettanza delle agevolazioni previdenziali previste dall'art. 20 del d.l. 2 marzo 1974 n. 30, convertito nella legge 16 aprile 1974 n. 114, Cass. 2 novembre 1992 n. 11867, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 607. Tutte queste sentenze, peraltro, giudicavano in relazione a fattispecie anteriori all'entrata in vigore della legge n. 59/1992 e del d. lgs. n. 385/1993.

loro consorzi che non ottemperano alle disposizioni del presente articolo decadono dai benefici fiscali *e di altra natura* concessi ai sensi della normativa vigente", presuppone sì che le cooperative siano soggette agli obblighi di contribuzione e devoluzione a favore dei fondi, ma nel contempo ha valenza sistematica più ampia, nel subordinare tutte le agevolazioni alla cooperazione - e non solo quelle tributarie - al fatto che la cooperativa presti il proprio sostegno al *movimento cooperativo*, di cui i fondi mutualistici sono espressione; movimento cooperativo dal quale le banche popolari sono escluse ⁹¹. Affermare il contrario significherebbe postulare una grave disparità di trattamento, fonte di sicura illegittimità costituzionale, tra le banche popolari e le altre cooperative a mutualità non prevalente, nelle quali il lucro dei soci è ridimensionato in funzione dei suddetti obblighi di contribuzione e devoluzione ai fondi. Certo, elementi di mutualità "esterna" sono ravvisabili anche nelle banche popolari, sia nella vocazione "sociologica" delle stesse a porsi a *servizio dell'imprenditoria locale* (il connotato del localismo, normativamente sancito per le banche di credito cooperativo, assume rilevanza, sia pure a livello della prassi operativa, anche per le banche popolari), sia nella previsione legislativa che consente la destinazione degli utili residui a finalità di *beneficenza e assistenza* ⁹²; si tratta peraltro di elementi solo eventuali e non obbligatori, e comunque non significativi sotto il profilo di cui trattasi.

7. La disciplina applicabile alle banche di credito cooperativo.

La disciplina applicabile alle banche di credito cooperativo, alla luce di quanto disposto dalle fonti normative sopra richiamate (*in primis*, l'art. 150-bis del t.u.b., l'art. 2520, comma 1, e l'art. 2519, comma 1, c.c.), si articola su diversi livelli. In primo luogo trovano applicazione le norme del testo unico bancario, come da ultimo modificate dai decreti legislativi portanti riforma del diritto societario. Vengono quindi in considerazione le norme codicistiche in tema di cooperative, espressamente richiamate dal testo unico bancario. Le altre norme codicistiche, e quelle contenute nella legislazione speciale "generale" in materia di cooperazione, si applicano solo in quanto compatibili con il sistema del testo unico bancario (e sul punto non si ravvisano particolari motivi di

⁹¹ PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 182, evidenzia la distinzione fondamentale, nell'ambito della cooperazione, "tra le cooperative sottoposte all'obbligo di contribuzione e quelle che ne sono esenti (popolari, cooperative di assicurazione e mutue assicuratrici). Solo le prime, infatti, in quanto caratterizzate dalla c.d. solidarietà mutualistica, possono dirsi appartenenti a pieno titolo al movimento cooperativo".

⁹² Sulla disciplina delle erogazioni a fini di beneficenza ed assistenza, cfr. OPPO, *Sulle erogazioni "gratuite" delle aziende di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, p. 926 ss.

incompatibilità delle norme codicistiche sulle cooperative non comprese nell'elencazione "in negativo" dell'art. 150-bis, comma 1, t.u.b.). Trovano infine applicazione le norme in materia di società per azioni, in quanto compatibili con la disciplina bancaria e con quella cooperativistica. La disciplina dettata, riguardo alle banche di credito cooperativo, dall'art. 2530, comma 1, c.c., nonché dagli artt. 34, comma 6, e 30, comma 5, t.u.b., *esclude l'applicazione alle banche medesime delle norme sulle società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio* (art. 2325-bis c.c., e art. 111-bis disp. att. c.c.; ciò in quanto l'art. 2-bis, comma 3, del Regolamento emittenti, emanato dalla Consob con deliberazione 14 maggio 1999 n. 11971, come modificato con deliberazione 23 dicembre 2003, n. 14372, espressamente dispone che "*non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio dei diritti aventi contenuto patrimoniale, ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio*". Per le banche di credito cooperativo ricorre la prima condizione (limiti legali alla circolazione delle azioni, riguardanti - a differenza che nelle banche popolari - anche l'esercizio dei diritti patrimoniali, non applicandosi alle banche di credito cooperativo l'art. 30, comma 6, t.u.b.), pur non ricorrendo la seconda (esercizio di attività mutualistica esclusivamente con i soci), e quindi ad esse non spetta lo *status* di "società aperte", con i relativi riflessi di disciplina⁹³.

Appare utile, a questo punto, analizzare alcuni aspetti della disciplina speciale e di quella codicistica.

Sono innanzitutto riferibili a tutte le banche cooperative le *disposizioni del t.u.b. riferite alle banche in generale*; quindi, in particolare l'art. 14 (che richiede l'autorizzazione della Banca d'Italia ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese, ma non della stipula dell'atto costitutivo⁹⁴); gli artt. 19 e seguenti (in tema di partecipazione

⁹³ Per tale conclusione, cfr. anche la Comunicazione Consob n. 99018236 del 16 marzo 1999, ove si chiarisce che le caratteristiche delle azioni delle banche di credito cooperativo - in particolare la previsione di legge che subordina l'efficacia del trasferimento delle azioni all'autorizzazione degli amministratori (attuale art. 2530, comma 1, c.c.) - sono tali da impedire di qualificarle come "strumenti finanziari", secondo la definizione fornita dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 58/1998: più in generale, vi si afferma che "la quota o l'azione di una società cooperativa tenuta per legge a rispettare il carattere cooperativo della gestione, se *tutti* i diritti in essa incorporati sono esercitabili soltanto previa ammissione del singolo socio alla compagine sociale, non appare idonea ad essere negoziata sul mercato dei capitali e pertanto non costituisce strumento finanziario quale definito dal TUF. Se le azioni così caratterizzate non sono strumenti finanziari la loro diffusione non può ovviamente essere presa in considerazione per individuare emittenti "con strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante".

⁹⁴ App. Salerno 15 giugno 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 248, con nota di FAUCEGLIA.

al capitale delle banche; v. anche la delibera CICR del 19 aprile 1993, e il d.m. 18 marzo 1998 n. 144 ⁹⁵); l'art. 25 (requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale, come meglio specificati nel d.m. 18 marzo 1998 n. 144); l'art. 26 (requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza degli esponenti aziendali, come meglio specificati nel d.m. 18 marzo 1998 n. 161 ⁹⁶); l'art. 56 (che richiede l'autorizzazione della Banca d'Italia ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese delle modificazioni statutarie).

Passando alle norme del t.u.b. specificamente riguardanti le banche di credito cooperativo (artt. 33 e seguenti), merita innanzitutto attenzione la previsione dell'art. 33, comma 1, in base alla quale "le banche di credito cooperativo sono costituite in forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata". Mentre il riferimento alla responsabilità limitata non ha oggi più significato - stante il generale regime di responsabilità limitata sancito dall'art. 2518 c.c., applicabile anche alla fattispecie - conserva invece valore precettivo il riferimento alle cooperative "per azioni": previsione, questa, che insieme a quella contenuta nell'art. 2519, comma 1, c.c., ed all'espressa previsione di inapplicabilità dell'art. 2519, comma 2, c.c. (art. 150-bis t.u.b.), porta alla conclusione della *necessaria applicabilità delle norme della società per azioni alle banche in oggetto*. Non solo: nella previsione del t.u.b., il riferimento alle "azioni" - considerata anche l'epoca in cui il decreto legislativo n. 385/1993 è stato emanato - non si riferiva ovviamente all'alternativa s.p.a.-s.r.l. (introdotta solo nel 2003), ma al fatto che le partecipazioni sociali fossero rappresentate da azioni. Tale circostanza induce a concludere - in difformità rispetto a quanto ritenuto con riferimento alla disciplina generale codicistica ⁹⁷ - per *l'impossibilità di suddividere il capitale della banca di credito cooperativo in quote, anziché in azioni* ⁹⁸.

⁹⁵ Sulla problematica, cfr. SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 531 ss.

⁹⁶ Cfr. sul punto FAUCEGLIA, *I requisiti di professionalità dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle Banche di credito cooperativo*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1998, I, p. 547.

In particolare, l'art. 2 del d.m. 18 marzo 1998 n. 161, nel disciplinare i suddetti *requisiti di professionalità*, dispone "1. Il presidente del consiglio di amministrazione delle banche di credito cooperativo deve aver svolto per un periodo non inferiore a un anno: a) le attività o le funzioni di cui al precedente articolo 1, comma 1; b) attività di insegnamento in materie attinenti al settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo; c) attività di amministrazione, direzione o controllo nel settore della cooperazione o in enti a carattere mutualistico. 2. Per la carica di direttore generale o per quella che comporti l'esercizio di funzione equivalente è richiesta un'adeguata esperienza di lavoro in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa per un periodo non inferiore a un biennio. 3. Il consiglio di amministrazione, nel verificare, ai sensi dell'articolo 26, comma 2, del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385, la sussistenza dei requisiti previsti dai commi 1 e 2, valuta l'esperienza anche in relazione alle esigenze gestionali della banca, indicando nel verbale della riunione le valutazioni effettuate".

⁹⁷ Cfr. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 4.

⁹⁸ Per la necessaria suddivisione in azioni del capitale delle banche cooperative, cfr. Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo VII, capitolo I, sezione II, paragrafo 2),

Il testo unico bancario non disciplina direttamente *l'ammontare del capitale richiesto per la costituzione delle banche di credito cooperativo*, ma rinvia (art. 14, comma 1, lett. b), t.u.b.) alla determinazione della Banca d'Italia, la quale - con le Istruzioni di vigilanza⁹⁹ - richiede, per la legale costituzione della società, un capitale versato di ammontare attualmente non inferiore a *due milioni di euro*¹⁰⁰.

Ai sensi dell'art. 33, comma 2, t.u.b., la *denominazione sociale* deve contenere l'espressione "credito cooperativo". Poiché trova applicazione anche la disposizione dell'art. 2515 c.c., deve ritenersi che la denominazione debba contenere anche l'indicazione "società cooperativa". Possono essere mantenute altre espressioni, quali "cassa rurale", o simili (ereditate dal regime previgente), da parte delle banche costituite anteriormente al 1° gennaio 1993 (art. 150, comma 1, t.u.b.). Non è vietata l'indicazione, nella denominazione, della dicitura "a responsabilità limitata". Le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia¹⁰¹ prescrivono inoltre l'obbligo di inserire nella denominazione "riferimenti utili ad identificare la banca nelle specifiche aree di mercato in cui la stessa opera".

La previsione del comma 4 dell'art. 33 t.u.b. ("il *valore nominale di ciascuna azione* non può essere inferiore a venticinque euro né superiore a cinquecento euro") risulta oggi allineata a quanto prescritto, per le cooperative in genere, dall'art. 2525, comma 1, c.c. (da cui l'applicabilità delle conclusioni, raggiunte a proposito di esse cooperative codicistiche, circa la *non necessità di versamento del venticinque per cento dei conferimenti in denaro* all'atto della costituzione della società¹⁰², fatta salve le previsioni

reperibile all'indirizzo Internet: "http://www.bancaditalia.it/vigilanza_tutela/vig_ban/norma/istr_vig/"; nonché, anteriormente alla riforma, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 582; MARASA', *Le banche cooperative*, cit. p. 531; BERNASCONI, *Banche di credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 501.

La Consob, con comunicazione n. 99018236 del 16 marzo 1999, ha ritenuto che le azioni emesse da banche di credito cooperativo, a differenza di quelle delle banche popolari, non possano essere qualificate come "strumenti finanziari", agli effetti dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 58/1998.

⁹⁹ Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo I, capitolo I, sezione II).

¹⁰⁰ La necessità di un capitale minimo, nelle banche cooperative, comporta probabilmente degli adattamenti, in questo ambito, della disciplina codicistica dettata in tema di cooperative, che secondo l'orientamento tradizionale assegna al capitale variabile delle cooperative medesime una minore importanza rispetto al capitale delle società ordinarie: cfr. sulla problematica PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del Notariato, paragrafo 1. Si consideri il recente esempio dei confidi: a fronte della previsione di un capitale minimo obbligatorio, l'art. 13, commi 15 e 16, del d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003 n. 326, regolamenta in dettaglio la riduzione del capitale per perdite, la cui disciplina è ritenuta - dalla dottrina maggioritaria - inapplicabile alle ordinarie cooperative.

¹⁰¹ Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo VII, capitolo I, sezione II, paragrafo 1).

¹⁰² PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 3.

delle Istruzioni di vigilanza). E' invece diverso il *limite massimo del possesso azionario complessivo* consentito a ciascun socio (stabilito, dall'art. 34, comma 4, del t.u.b., in *cinquantamila euro*, in luogo dei centomila euro previsti dall'art. 2525, comma 2, c.c.): la previsione speciale prevale, giusta le regole di coordinamento sopra illustrate, sulla previsione generale codicistica. Per quanto concerne le banche di credito cooperativo - già casse rurali e artigiane ¹⁰³ - costituite prima del 22 febbraio 1992, le stesse non sono tenute ad adeguarsi alle suddette prescrizioni relative al limite minimo del valore nominale delle azioni (art. 150, comma 3, del t.u.b.). Vi è poi da considerare che - essendo la disciplina degli artt. 33 e 34 t.u.b. integralmente sostitutiva di quella dettata dall'art. 2525 c.c. (il quale ultimo, del resto, è dichiarato espressamente inapplicabile alle banche cooperative dall'art. 150-bis, comma 1, t.u.b.), non trova qui applicazione la previsione dell'art. 223-*sexiesdecies*, comma 2, c.c., e quindi la rivalutazione triennale degli importi minimi e massimi delle partecipazioni ¹⁰⁴. Si tenga conto, infine, che il limite massimo del possesso azionario si applica anche ai soci persone giuridiche, ed ai conferimenti in natura ¹⁰⁵, a differenza di quanto disposto dall'art. 2525 c.c.: il che è stato interpretato come indice di una maggior tutela della mutualità rispetto alla cooperazione codicistica ¹⁰⁶.

L'art. 34, comma 1, t.u.b. prescrive che il *numero minimo dei soci* non può essere inferiore a *duecento*, ed assegna il termine di un anno, nel caso in cui tale numero venisse meno, ai fini della relativa reintegrazione, precisando che in mancanza la banca "è posta in liquidazione" (espressione, questa, interpretata dalla dottrina come riferita alla liquidazione coatta amministrativa ¹⁰⁷).

¹⁰³ Da un punto di vista storico, è pacifica l'affermazione della "successione" delle banche di credito cooperativo alle casse rurali ed artigiane (anche se manca, nel t.u.b., una norma di raccordo tra le due tipologie di enti, che esisteva invece nel d. lgs. n. 481/1992): MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 530, 552 ss.; CARRIERO-CRISCUOLO, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 486; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 167 ss.

¹⁰⁴ In tal senso, con riferimento alla corrispondente previsione dell'art. 21, comma 6, della legge n. 59/1992, CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 264 e 267; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 606; BERNASCONI, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 517; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 209 (che ravvisa in tale differenza di disciplina una precisa scelta del legislatore, volta a "preservare l'"anima mutualistica" delle nuove casse, al punto tale da precludere il superamento del limite massimo di cui all'art. 34, co. 4, financo nell'ipotesi in cui oggetto del conferimento sia un bene in natura).

¹⁰⁵ APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 204 ss.; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 328.

¹⁰⁶ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 607; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 209 (la quale evidenzia che "l'unico caso in cui ai soci di una cassa è consentito il superamento del suddetto limite di partecipazione rimane quello disciplinato dall'art. 7, l. n. 59/92, espressamente richiamato dall'art. 21").

¹⁰⁷ SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 522.

Ai sensi dell'art. 34, comma 2, "per essere soci di una banca di credito cooperativo è necessario risiedere, aver sede ovvero operare con carattere di continuità nel territorio di competenza della banca stessa". Prescrizioni attuative sono state dettate sul punto dalla Banca d'Italia ¹⁰⁸. I suddetti *requisiti legali per l'ammissione dei soci* alla cooperativa non possono ovviamente essere derogati dall'*autonomia statutaria*, la quale può invece prevedere *ulteriori requisiti* per l'accesso alla cooperativa, a norma dell'art. 2527, comma 1, c.c. ¹⁰⁹. Possono comunque far parte delle banche in oggetto, indifferentemente, *persone fisiche e giuridiche, ed anche società ed enti non personificati* ¹¹⁰, purché ovviamente - come può desumersi dai requisiti legali suindicati - siano *interessati allo scambio mutualistico* (ciò esclude, in particolare, la partecipazione alle banche di credito cooperativo degli o.i.c.v.m. - fondi comuni di investimento, Sicav - ammessa invece nelle banche popolari ¹¹¹). Il che dovrebbe condurre alla conclusione che *i soci delle banche di credito cooperativo debbano essere necessariamente soci cooperatori* (non essendo tra l'altro applicabili, per espressa disposizione di legge, le previsioni codicistiche relative ai soci finanziatori; e non essendo neanche applicabile la disposizione dell'art. 30, comma 6, che ammette la possibilità di una partecipazione limitata all'esercizio dei soli diritti patrimoniali). Non vi sono poi ostacoli alla partecipazione di uno stesso soggetto a più

¹⁰⁸ Secondo le Istruzioni di vigilanza (Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 - titolo VII, capitolo I, sezione II, paragrafo 3, nota 3), "la condizione dell'"operare con carattere di continuità" nella zona di competenza territoriale è soddisfatta qualora la zona medesima costituisca un "centro di interessi" per l'aspirante socio. Tali interessi possono sostanzialmente sia nello svolgimento di una attività lavorativa propriamente detta (ad esempio, attività di lavoro dipendente o autonomo che si avvalgono di stabili organizzazioni ubicate nella zona di competenza medesima) sia nell'esistenza di altre forme di legame con il territorio, purché di tipo essenzialmente economico (ad esempio, la titolarità di diritti reali su beni immobili siti nella zona di competenza territoriale della banca)". Nella suddetta circolare si precisa ancora che "per le persone giuridiche si tiene conto dell'ubicazione della sede legale, della direzione, degli stabilimenti o di altre unità operative", e che "nel rispetto di tali requisiti, le banche di credito cooperativo possono acquisire soci residenti o aventi sede in paesi esteri, comunitari e extracomunitari, rientranti nella propria zona di competenza territoriale".

¹⁰⁹ Per la possibilità dello statuto di banca di credito cooperativo di introdurre ulteriori requisiti dei soci, CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 266; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 608; CRISCUOLO-PIETRAFORTE, *Banche di credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 507; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 658; CASTALDI, *La nuova legge bancaria: suoi riflessi sulla disciplina delle casse rurali e artigiane*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 806.

¹¹⁰ SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 529 ss.; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 608; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 206, nota 7; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 276.

¹¹¹ MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 540; SCHIRO', *Mutualità e scopo di lucro nelle cooperative settoriali*, in *Le cooperative prima e dopo la riforma del diritto societario*, a cura di Marasà, Padova 2004, p. 71.

CABRAS, *La specificità delle banche di credito cooperativo*, cit., p. 60, ritiene invece che possano far parte di banche di credito cooperativo sia altre banche della stessa natura, sia enti pubblici e privati interessati allo sviluppo dell'economia locale.

banche di credito cooperativo operanti sul medesimo territorio ¹¹², sempreché, ovviamente, lo statuto non disponga diversamente.

A norma dell'art. 34, comma 3, "ogni socio ha un voto, qualunque sia il numero delle azioni possedute": come già evidenziato, il principio del *voto capitario* ha, nelle banche cooperative, valore assoluto, e - come pacificamente ammesso - *non subisce deroga rispetto ai soci persone giuridiche*. E' discussa, in dottrina e giurisprudenza, l'applicabilità, alle cooperative di "consumo" in senso ampio - nella quale categoria rientrano anche le cooperative di credito - dell'articolo unico del R.D.L. 17 settembre 1925 n. 1735, convertito in legge 18 marzo 1926 n. 562, a norma del quale *i soci dipendenti delle cooperative di consumo non hanno diritto di partecipare, per tutta la durata di tale rapporto di impiego o di lavoro, alle votazioni nelle assemblee convocate per l'approvazione del bilancio e per la elezione degli amministratori e dei sindaci della cooperativa* (cfr. riferimenti nella trattazione relativa alle banche popolari).

L'art. 34, comma 6, come modificato dall'art. 5 del d. lgs. 4 agosto 1999 n. 342, rinvia all'art. 30, comma 5, del t.u.b. (che impone la motivazione delle deliberazioni degli amministratori che rigettino le domande di *ammissione a socio*, con riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie ed allo spirito della forma cooperativa; prescrive il riesame da parte dell'organo amministrativo della domanda di ammissione, ove lo richieda il collegio dei probiviri integrato con un rappresentante dell'aspirante socio, collegio a cui l'aspirante stesso può ricorrere ¹¹³). Disciplina, questa, che si ritiene trovi applicazione sia al caso del *trasferimento delle azioni*, sia alla richiesta di *ammissione di nuovi soci* ¹¹⁴. La previsione comporta - come qualcuno ha rilevato - *l'obbligatorietà della previsione statutaria del collegio dei probiviri nelle banche cooperative* ¹¹⁵. Non

¹¹² CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 266; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 608; CRISCUOLO-PIETRAFORTE, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 508; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 194.

¹¹³ Il consiglio di amministrazione, in sede di riesame, non è vincolato dalla valutazione dei probiviri: D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 595; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 80 ss.; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 352. *Contra*, D'AMICO-MANCINELLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 245.

¹¹⁴ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 610.

¹¹⁵ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 595; PRESTI, *Credito cooperativo ed evoluzione del quadro normativo*, cit., p. 204; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 281 (in senso dubitativo); MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli 1995, p. 151, nota 22; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss.

Ritiene invece meramente eventuale il collegio dei probiviri, CALANDRA BUONAURA, *Forma giuridica e assetti proprietari dell'impresa bancaria*, cit., p. 105.

Su alcune problematiche attinenti al collegio dei probiviri nella fattispecie in esame, D'AMICO-MANCINELLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 245.

viene richiamato l'art. 30, comma 6, del t.u.b.: con la conseguenza che, nelle banche di credito cooperativo, in caso di diniego del *placet*, l'aspirante socio non viene ammesso in società, neanche per l'esercizio dei soli diritti patrimoniali (circostanza, questa, che si giustifica in funzione della ridotta attitudine alla circolazione delle partecipazioni nelle suddette banche, e che determina - come sopra rilevato - l'esclusione dello *status* di "società aperta" ai sensi dell'art. 2325-bis c.c. e dell'art. 2-bis, comma 3, del Regolamento emittenti della Consob). La disciplina dell'art. 34, comma 6, t.u.b. va poi integrata con la previsione dell'art. 2530, comma 1, c.c. (che richiede *l'autorizzazione degli amministratori* per l'efficacia, nei confronti della società, del trasferimento delle azioni; norma, questa, *non derogabile* nelle banche di credito cooperativo); e con l'ulteriore *possibilità* - desumibile dal disposto dell'art. 2530, comma 6, c.c. - *di vietare con clausola statutaria il trasferimento delle azioni, salvo in tal caso il diritto di recesso del socio*.

L'art. 35, comma 2, del t.u.b. demanda allo statuto la previsione di "norme relative alle attività, alle operazioni di impiego e di raccolta e alla competenza territoriale, determinate sulla base dei criteri fissati dalla Banca d'Italia" ¹¹⁶. Il profilo della limitazione di competenza territoriale (c.d. localismo ¹¹⁷) è fondamentale, unitamente

¹¹⁶ La Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo VII, capitolo I, sezione II, paragrafo 4), precisa che la zona di competenza territoriale - che le banche di credito cooperativo devono indicare nel proprio statuto - "ricomprende i comuni ove la banca ha le proprie succursali nonché i comuni ad essi limitrofi. Fra tutti i comuni deve esistere contiguità territoriale" (che, sempre in base alle medesime istruzioni, non ricorre nelle ipotesi in cui due o più comuni siano separati tra loro dal mare). E' chiarito, inoltre, che "le banche di credito cooperativo possono estendere la propria operatività in paesi esteri, comunitari e extracomunitari, limitrofi alla propria zona di competenza territoriale, attraverso l'apertura di succursali ovvero in regime di libera prestazione di servizi". Il limite statutario di competenza territoriale comporta che le banche in oggetto "non possono installare sportelli automatici A.T.M. fuori della zona di competenza territoriale. Non sono soggetti a limitazione territoriale i "Points of sale - P.O.S."

Si prevede poi che "possono essere previste sedi distaccate caratterizzate dal fatto che sono insediate in comuni non ricompresi nella zona di competenza territoriale come sopra descritta. Tali comuni devono essere nominativamente indicati nello statuto. In tal caso la competenza territoriale della banca si estende al comune in cui è insediata la sede distaccata e ai comuni ad esso limitrofi". Sono poi disciplinati in dettaglio i presupposti, in presenza dei quali la banca può aprire sedi distaccate.

¹¹⁷ Sul ruolo del localismo nelle banche di credito cooperativo, e già nelle casse rurali, cfr. MAZZINI, *Il localismo delle banche di credito cooperativo tra mercato e concorrenza*, in *Riv. coop.*, 2002, p. 162; SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 525 ss.; MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 152; CARRIERO-CRISCUOLO, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 493 (che ne evidenzia l'inderogabilità, a differenza dell'altro requisito della prevalenza); VECCHI, *Le banche di credito cooperativo: realtà e prospettive*, in *Società*, 1997, p. 764 ss.; BELLI-MAZZINI, *Le banche di credito cooperativo verso una nuova mutualità? Il localismo*, cit., p. 443 ss.; LEO, *Funzione creditizia e forma cooperativa*, cit., p. 499 ss.

Per l'affermazione che - stante l'autonomia riservata allo statuto - la banca di credito cooperativo potrebbe anche specificare l'intero territorio nazionale quale ambito di competenza territoriale, SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 526 ss. *Contra*, PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 177, il quale ritiene che la particolare disciplina delle banche di credito cooperativo si giustifichi proprio in funzione del localismo e dei maggiori rischi che questo comporta; con la conseguenza che la competenza territoriale non potrà essere senza limiti, ma dovrà essere determinata in relazione alla funzione di supporto all'economia locale che la banca assolve ("se il "territorio" fosse troppo

all'operatività prevalente a favore dei soci (prescritta dal primo comma) ai fini della *qualificazione tipologica della fattispecie*: come è stato correttamente evidenziato, proprio *l'operare congiunto dei due vincoli, unitamente al minor livello del capitale richiesto per la costituzione, accresce il profilo di rischio delle banche in oggetto*, rendendole maggiormente soggette all'andamento del ciclo economico locale, *e giustifica una serie di aspetti della disciplina delle banche di credito cooperativo (elevati accantonamenti alla riserva legale; maggiore ingerenza dell'organo di controllo)*¹¹⁸. Ciò significa che *una banca cooperativa che inserisca nel proprio statuto i suddetti due vincoli in via congiunta deve essere qualificata comunque come banca di credito cooperativo*, anche se viene denominata "banca popolare" (salvo, in quest'ultimo caso, il divieto per il notaio di ricevere l'atto costitutivo o di iscrivere l'atto modificativo; e, inoltre, essendo preclusa in tali casi l'autorizzazione della Banca d'Italia)¹¹⁹.

A norma dell'art. 37, comma 1, del t.u.b., le banche di credito cooperativo devono destinare almeno *il settanta per cento degli utili netti annuali a riserva legale*; prescrizione questa che si giustifica, come sopra evidenziato, in funzione del maggior margine di rischio delle suddette banche, la cui operatività è limitata sia territorialmente che con riferimento ai destinatari dell'erogazione del credito, e quindi per le maggiori esigenze di patrimonializzazione che qui ricorrono¹²⁰.

Ai sensi dell'art. 37, comma 2, del t.u.b., una quota degli utili netti annuali deve essere corrisposta ai *fondi mutualistici* per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, nella misura e con le modalità previste dalla legge (attualmente, nella misura del 3% annuo, a norma dell'art. 11, comma 4, della legge n. 59/1992, richiamato

vasto verrebbero meno sia la situazione di maggior rischio e, quindi, l'opportunità di una diversa disciplina maggiormente prudentiale, sia, in radice, la stessa ragione d'essere di tale tipologia di ente").

Per l'inderogabilità del profilo della competenza territoriale, a differenza di quello dell'attività prevalente con i soci, che in determinati casi è derogabile, PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 173.

¹¹⁸ MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 543; SANTORO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 514; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 172 ss.

Non ha invece "rilievo tipizzante" la denominazione adottata dalla banca: CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 262; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 170 ss.

Contra, per il rilievo determinante attribuito alla scelta della "normativa" applicabile ad opera dei soci, OPPO, *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, cit., p. 466-467; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 658.

¹¹⁹ MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 551 ss.; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 174 ss.

¹²⁰ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 615; MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 154; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 174 ss.; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 665 ("la giustificazione è piuttosto di ordine bancario, nel senso che l'accumulo di riserve appresta una garanzia di stabilità che può apparire necessaria in enti creditizi minori e comunque ad operatività circoscritta").

dal successivo art. 21, comma 3). L'art. 1, comma 468, della legge 30 dicembre 2004 n. 311 ("legge finanziaria 2005") ha abrogato il secondo periodo del comma 4 dell'art. 11 della legge n. 59/1992, che prevedeva che la percentuale del 3% doveva calcolarsi - per le casse rurali e artigiane, ora banche di credito cooperativo - sulla base degli utili al netto delle riserve obbligatorie ¹²¹: ciò significa che *oggi la suddetta percentuale va calcolata* - come per tutte le altre cooperative - sull'intero avanzo di gestione, e quindi *anteriormente all'accantonamento della riserva legale e delle altre riserve obbligatorie*. L'art. 150-bis del t.u.b. esclude l'applicazione, alle banche cooperative, dell'art. 2545-*quater* c.c. (che disciplina gli accantonamenti a riserva e la contribuzione annuale ai fondi mutualistici), ma tale inapplicabilità si giustifica, nel caso di specie, solo in funzione dell'esistenza di una disciplina speciale sul punto, e non certamente perché il legislatore abbia inteso modificare la disciplina relativa ai fondi mutualistici.

A norma dell'art. 37, comma 3, del t.u.b., la quota di utili non assegnata ai sensi dei commi precedenti può essere utilizzata per la *rivalutazione delle azioni*; possibilità, questa, confermata ora dall'art. 150-bis, comma 3, del t.u.b., che richiama l'art. 7 della legge n. 59/1992; il richiamo del suddetto art. 7 consente di ritenere *superabili, per effetto della rivalutazione, i limiti massimi al possesso azionario*, previsti per le banche di credito cooperativo dagli artt. 33 e 34 t.u.b. ¹²².

La rimanente quota di utili può essere assegnata ad altre riserve, o distribuita ai soci: peraltro, in considerazione delle previsioni dell'art. 2514, comma 1, c.c. - espressamente richiamato in relazione alle banche di credito cooperativo - gli utili da ripartire non possono eccedere la misura ivi fissata, e le riserve eventualmente accantonate in eccedenza non potranno in futuro essere ripartite tra i soci, neanche a seguito dello scioglimento della società. Gli eventuali utili residui possono essere destinati, in via facoltativa, "*a fini di beneficenza o mutualità*": previsione, questa, espressione della componente di "mutualità esterna" propria delle banche cooperative, e da ritenersi compatibile - anche alla luce dell'espressa previsione dell'art. 29, comma 5, del d.l. 2 marzo 1989 n. 69, convertito in legge 27 aprile 1989 n. 154 - con le caratteristiche di cooperativa agevolata della banca di credito cooperativo.

Giusta la previsione dell'art. 33, comma 3, del t.u.b., come modificato dall'art. 43 del d. lgs. n. 310/2004, "*la nomina dei membri degli organi di amministrazione e controllo spetta esclusivamente ai competenti organi sociali*". Ciò da un lato esclude la possibilità

¹²¹ SANTORO, *Commento all'art. 37*, cit., p. 574.

¹²² SANTORO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 519.

di nomina ad opera dello Stato e di enti pubblici (per le stesse ragioni individuate a proposito delle banche popolari, consistenti nell'intento di evitare ingerenze politiche nella gestione delle banche); dall'altro preclude ogni possibilità, anche nell'ambito dei gruppi cooperativi bancari, di attribuire la facoltà di nomina dei suddetti organi a soggetti estranei alla società. Il riferimento ai "competenti organi sociali", anziché all'assemblea dei soci *tout court* (come nel testo previgente dell'art. 33, comma 3) nasce dall'esigenza di consentire - alle banche di credito cooperativo che adottino il *sistema dualistico di amministrazione* - la nomina degli amministratori da parte del consiglio di sorveglianza. Nessun dubbio, poi, che - in base alla normativa generale in tema di cooperative - *la maggioranza degli amministratori debba essere scelta tra i soci*¹²³. Non vi sono particolari problematiche in relazione ai poteri di gestione, salve le limitazioni prescritte nelle Istruzioni di vigilanza¹²⁴.

Quanto all'organo di controllo, merita segnalare che a norma dell'art. 52, comma 1, del d. lgs. n. 385/1993, come modificato dall'art. 9.14 del d. lgs. n. 37/2004, nonché dell'art. 8, commi 3 e 6, del d. lgs. n. 58/1998, come modificato dall'art. 9.49 del d. lgs. n. 37/2004, *lo statuto della banca assegna all'organo di controllo i poteri necessari al fine di informare la Banca d'Italia e la Consob delle irregolarità nella gestione, o delle violazioni delle norme che disciplinano l'attività bancaria e di prestazione di servizi di investimento.*

L'art. 52, comma 2-*bis*, del t.u.b., come introdotto dal d. lgs. n. 37/2004, dispone che lo statuto delle banche di credito cooperativo può prevedere che il *controllo contabile* sia affidato al *collegio sindacale*. Ciò significa che - a differenza delle altre banche le quali, in quanto società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, devono affidare il controllo contabile ad una società di revisione, a norma dell'art. 2409-*bis*, comma 2, c.c. - le banche di credito cooperativo sono esonerate dall'obbligo di dotarsi di tale specifico controllo¹²⁵.

¹²³ CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 263.

¹²⁴ La circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo VII, capitolo I, sezione IV), stabilisce che "le decisioni attinenti all'erogazione del credito sono normalmente assunte in forma collegiale". Peraltro, "lo statuto, in relazione all'articolazione territoriale e alle dimensioni operative della banca, può attribuire al consiglio di amministrazione la facoltà di delegare proprie attribuzioni in materia di erogazione del credito ad altri esponenti della banca (comitato esecutivo, capo dell'esecutivo, preposti alle succursali)"; inoltre, "il consiglio di amministrazione fissa i limiti quantitativi entro i quali sono esercitabili i poteri delegati in materia di erogazione del credito. Tali limiti devono essere di ammontare contenuto rispetto al patrimonio della banca e si riferiscono al gruppo di clienti connessi".

¹²⁵ Nelle Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con Comunicato in data 29 marzo 2004 (in G.U. n. 74 del 29 marzo 2004) si precisa che la previsione del comma 2-*bis* dell'art. 52 t.u.b. "è coerente con l'orientamento espresso dalla Consob secondo il quale le banche di credito cooperativo non rientrano nella categoria degli emittenti «diffusi» ai sensi dell'art. 116 TUF"; e che "tale intervento statutario potrà

Un problema particolare nasce dall'apparente contrasto tra il comma 3 dell'art. 150-*bis* del t.u.b. (ai sensi del quale "alle banche di credito cooperativo continuano ad applicarsi le disposizioni degli articoli 7 e 9 della legge 31 gennaio 1992, n. 59, in quanto compatibili"), ed il comma 3 dell'art. 21 della legge n. 59/1992 ("alle banche di credito cooperativo si applicano gli articoli 2, 7, 9, 11, 12, 14, comma 4, 18, commi 3 e 4, e 21, commi 1 e 2, della presente legge "). Deve forse intendersi la prescrizione dell'art. 150-*bis*, successiva in ordine cronologico, prevalente, e quindi abrogatrice di quella precedente? Certamente la risposta deve essere negativa: il legislatore, con l'art. 150-*bis*, ha inteso semplicemente ribadire la compatibilità con il regime di mutualità prevalente, e le correlate agevolazioni fiscali delle banche di credito cooperativo, della rivalutazione delle azioni e del rimborso del sopraprezzo, ma non vi era ragione di eliminare il riferimento ad altre norme della legge n. 59/1992: in particolare agli artt. 11 e 12 (riferiti ai fondi mutualistici), all'art. 14, comma 4 (numero minimo dei soci nei consorzi di cooperative), all'art. 18, commi 3 e 4 (compatibilità tra l'assunzione di cariche sociali nella cooperativa e la qualifica di dipendente dello Stato ¹²⁶), all'art. 21, commi 1 e 2 (adeguamenti statutari, non decadenza da agevolazioni fiscali).

L'esclusione, per le banche di credito cooperativo, dello *status* di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, comporta l'applicabilità, alle stesse, della *nuova disciplina in tema di arbitrato*, dettata dagli artt. 34 e seguenti del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5.

Infine, la *disciplina in tema di vigilanza*. L'art. 28, comma 2, del t.u.b. dispone che alle banche di credito cooperativo non si applicano i controlli sulle società cooperative attribuiti all'autorità governativa dal codice civile. Correlativamente, l'art. 150-*bis*, comma 1, del t.u.b., esclude espressamente l'applicabilità alle nostre banche degli artt. 2545-*quinquiesdecies* e seguenti del codice civile. Ciò in quanto anche le banche cooperative, al pari delle altre banche, sono sottoposte alla vigilanza della Banca d'Italia, e si è ritenuto opportuno evitare contrasti o anche solo sovrapposizioni nell'esercizio della vigilanza ¹²⁷. Senonché, le suddette disposizioni vanno coordinate con quelle contenute

essere sottoposto alla Banca d'Italia, ai fini dell'accertamento *ex art.* 56 t.u.b., omettendo la fase dell'informativa preventiva".

¹²⁶ Per la compatibilità tra la qualifica di amministratore o sindaco di banca di credito cooperativo e quella di dipendente dello Stato, in deroga al divieto previsto dal d.p.r. 10 gennaio 1957 n. 3, e dal d.p.r. 31 maggio 1974 n. 417, MARANO, *Commento all'art. 150*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 2385; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 585; Cons. Stato 11 luglio 1994 n. 1160, in *Foro amm.*, 1994, p. 1797.

¹²⁷ CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, cit., p. 229.

nel d. lgs. 2 agosto 2002 n. 220, contenente norme in materia di riordino della vigilanza sulle cooperative. L'art. 1, comma 4, fa salve le altre forme di vigilanza previste dalle altre leggi vigenti; tuttavia, il comma 2 del medesimo articolo precisa che la vigilanza - affidata alla competenza del *Ministero delle attività produttive* - è finalizzata all'*accertamento dei requisiti mutualistici*, e che tale accertamento è riservato, in via amministrativa, al Ministero suddetto *anche in occasione di interventi ispettivi di altre amministrazioni pubbliche*. L'art. 18 contiene, poi, una specifica disposizione per le banche di credito cooperativo: ai sensi del primo comma, fatte salve le competenze della Banca d'Italia, le banche di credito cooperativo sono assoggettate alla vigilanza del Ministero delle attività produttive "limitatamente al rispetto delle disposizioni di cui all'art. 21, comma 3, della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e delle norme riguardanti i rapporti mutualistici ed il funzionamento degli organi sociali". Il secondo comma prevede poi la possibilità, mediante apposita convenzione, di affidare lo svolgimento delle revisioni cooperative all'associazione di categoria specializzata e sue articolazioni territoriali (Federazione nazionale delle banche di credito cooperativo, e Federazioni regionali). Ne risulta confermata - con l'attrazione alla disciplina generale cooperativistica ai fini della vigilanza, per tutto ciò che non attiene strettamente ai profili bancari ¹²⁸ - la valenza dello scopo mutualistico delle banche di credito cooperativo; e definitivamente superata la previgente disciplina, che escludeva *in toto* le banche di credito cooperativo dagli ordinari controlli cooperativistici ¹²⁹.

8. La disciplina delle banche popolari.

Il coordinamento delle disposizioni del testo unico bancario riguardanti le banche popolari (artt. 28-32) con quelle codicistiche in tema di cooperative presenta maggiori difficoltà, in considerazione delle peculiarità della disciplina speciale dedicata alle suddette banche; disciplina speciale che è rimasta sostanzialmente invariata anche a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 310/2004. Ciò dipende dal particolare scopo mutualistico delle banche popolari, le cui caratteristiche sono difficilmente compatibili con alcune disposizioni dettate nel codice e nella legislazione speciale cooperativistica. Il che non incide, peraltro, sull'"ordine" di applicazione delle fonti normative regolatrici della materia: si applicano innanzitutto le norme del testo unico bancario; quindi, nei

¹²⁸ Per la parziale abrogazione dell'art. 28, comma 2, t.u.b., ad opera dell'art. 18 del d. lgs. n. 220/2002, CONDEMI, *L'esclusione dalla riforma societaria delle banche costituite in forma cooperativa: questioni interpretative e prospettive di intervento*, cit., p. 229, nota 25.

¹²⁹ Sulla previgente disciplina, MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 534.

limiti della compatibilità, le norme codicistiche in tema di cooperative, la cui applicabilità non sia espressamente esclusa dalla legge (art. 150-*bis* t.u.b.; art. 2520, comma 1, c.c.); infine, con il doppio limite di compatibilità, le norme codicistiche in tema di società per azioni.

Alle banche popolari non si applica invece, la *legge Basevi* (d. lgs.C.p.S. 14 dicembre 1947 n. 1577), per espressa previsione dell'art. 29, comma 4, del t.u.b.; e non si applica l'intera *legge 31 gennaio 1992 n. 59* (art. 21, comma 8, della stessa).

Al fine di individuare le altre peculiarità della disciplina delle banche popolari, occorre esaminare in dettaglio le norme del testo unico bancario ad esse riferite.

Vi sono, innanzitutto, le prescrizioni di carattere generale relative a tutte le banche (già individuate a proposito delle banche di credito cooperativo). Merita rilevare che - in base alle Istruzioni della Banca d'Italia, emanate a norma dell'art. 14, comma 1, lett. *b*), t.u.b.¹³⁰, il *capitale minimo versato* delle banche popolari non può essere inferiore a *6,3 milioni di euro*.

L'art. 29, comma 1, del t.u.b. dispone che "le banche popolari sono costituite in forma di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata". Vale, sia per quanto riguarda la responsabilità limitata che per ciò che attiene alla *necessaria suddivisione del capitale in azioni*, quanto sopra osservato in relazione alle banche di credito cooperativo. In relazione alle banche popolari, peraltro, si è sostenuto che - a differenza che per le altre cooperative, in cui alle azioni viene concordemente attribuita la natura di meri "certificati di quota"¹³¹ - qui le azioni sarebbero veri e propri *titoli di credito*¹³². Il dibattito è

¹³⁰ Circolare Banca d'Italia 21 aprile 1999 n. 229, Aggiornamento al 9 aprile 2004 (titolo I, capitolo I, sezione II).

¹³¹ BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 393 ss.; BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 534 ss.; VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano 1958, p. 389 ss. Sulla problematica, cfr. anche RAGAZZINI, *Nuove norme in materia di società cooperative. Commento alla legge 31 gennaio 1992, n. 59*, Bologna 2001, p. 217 ss.

¹³² PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 130 (ed ivi riferimenti di dottrina); BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 535 ss. (il quale ultimo parla peraltro di "analogia" con le azioni delle società lucrative). PIPITONE, *op. ult. cit.*, nota 86, sostiene peraltro che si tratti di titoli di credito *sui generis*, "in considerazione del fatto che l'inadempimento del socio nel rapporto mutualistico può spiegare i suoi effetti sul rapporto sociale, determinandone l'estinzione e travolgendo l'acquisto del terzo".

Sulla relativa problematica nelle società lucrative, cfr. *Casi e materiali di diritto commerciale, I - Società per azioni*, a cura di Bonelli, Buonocore, Castellano, Costi, D'Alessandro, Ferro-Luzzi, Gambino, Jaeger, Milano 1974, p. 196 ss.

A livello ricostruttivo, si può evidenziare che, per un verso, la partecipazione alla banca popolare può presentare le medesime caratteristiche - il difetto di standardizzazione, e la rilevanza dei requisiti soggettivi del socio - che ne fanno nelle cooperative in genere un mero "certificato di quota", piuttosto che un titolo di credito; ma può anche essere una partecipazione liberamente trasferibile, e quindi indifferente alle caratteristiche personali del socio. Il che induce ad interrogarsi sulla generale applicabilità del divieto di recesso parziale *ex art. 2532 c.c.* (la cui applicazione non è esclusa dall'art. 150-*bis*, comma 1, t.u.b., ma di

comunque destinato ad essere superato - relativamente alle banche popolari qualificabili come società "aperte" ex art. 2325-bis c.c. - per effetto della ricomprensione delle relative azioni tra gli *strumenti finanziari necessariamente dematerializzati*: infatti, in conseguenza della previsione dell'art. 28 del d. lgs. n. 213/1998, e del Regolamento Consob adottato con deliberazione 23 dicembre 1998 n. 11768 (artt. 22, comma 2, 23 e 37), come modificato con deliberazione Consob 4 dicembre 2002 n. 13858, il regime di dematerializzazione obbligatoria si estende a tutti gli emittenti strumenti finanziari che, pur non quotati nei mercati regolamentati, sono tuttavia diffusi tra il pubblico in materia rilevante (cosa che accade nelle banche popolari). In tali casi, la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali è attribuita dall'esibizione della relativa certificazione rilasciata dall'intermediario (art. 85, comma 4, t.u.f.)¹³³.

cui va comunque valutata la compatibilità con la disciplina speciale). Per altro verso, sembra in ogni caso da escludersi, nelle banche popolari, la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali in conseguenza del mero possesso del titolo.

¹³³ Con riferimento alle azioni delle banche popolari, si è rilevato che "il d. lgs. n. 58 del 1998 e la disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari "negoziati o destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati" ... hanno finito per influenzare il dibattito sulla stessa natura dell'azione di banca popolare, che può definirsi come uno strumento finanziario necessariamente dematerializzato, in virtù sia della quotazione in un mercato regolamentato che della rilevante diffusione tra il pubblico": FAUCEGLIA, *Profili dello scambio organizzato, nei mercati non regolamentati, di strumenti finanziari emessi da banche popolari*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2003, I, p. 416.

L'art. 37 del Regolamento Consob n. 11768/1998 dispone che a seguito dell'immissione nel sistema di azioni ed altri titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili sul mercato dei capitali, emessi da banche popolari, l'esercizio dei diritti non patrimoniali è riservato ai titolari degli stessi strumenti finanziari in quanto legittimati. L'esibizione delle certificazioni rilasciate dall'intermediario è presupposto per l'acquisto della legittimazione all'iscrizione nel libro soci, ovvero all'esercizio del diritto sociale in esse indicato, secondo le norme di legge e di statuto che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle banche popolari. Le annotazioni nel libro dei soci conseguenti alle comunicazioni di cui all'articolo 35 sono eseguite in conformità alle norme di legge e di statuto che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle banche popolari.

Cfr. anche, sul punto, PIPITONE, *Commento all'art. 30*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 471 ss.; GIUBILEI, *Commento all'art. 29*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 236; FABBIANI, *La disciplina degli emittenti titoli diffusi in misura rilevante. Riflessi sulle banche popolari*, in *Società*, 1999, p. 1186. Sulle azioni dematerializzate in genere, cfr. di recente CIAN, *Note sui rapporti tra il nuovo diritto societario e il regime di dematerializzazione*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 315; LA SALA, *L'acquisto a non domino di strumenti finanziari dematerializzati*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, I, p. 467; DEVESCOVI, *Tre dubbi sulla "tutela cartolare" nei tempi di dematerializzazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, I, p. 715; LAUDONIO, *La disciplina delle azioni dematerializzate: problemi e prospettive*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2003, I, p. 525; PAVONE LA ROSA, *Azioni "dematerializzate" e legittimazione all'esercizio dei diritti sociali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1209; CARDARELLI, *L'azione dematerializzata*, Milano 2001; CIAN, *Titoli dematerializzati e circolazione "cartolare"*, Milano 2001; SPADA, *La circolazione della "ricchezza assente" alla fine del millennio (riflessioni sistematiche sulla dematerializzazione dei titoli di massa)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 420; RESCIGNO, *La nuova disciplina della dematerializzazione degli strumenti finanziari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 215.

Non sono dettate regole particolari per la *denominazione sociale*: si ritiene, comunque, che *l'indicazione "banca popolare"*, pur non obbligatoria ¹³⁴, possa essere assunta nella denominazione solo dalle banche in oggetto ¹³⁵; anche se si discute se - a seguito della *trasformazione di banca popolare in società per azioni* - possa essere mantenuta la suddetta specificazione ¹³⁶. Ovviamente la denominazione dovrà contenere anche *l'indicazione "società cooperativa"*, come prescritto dall'art. 2515 c.c. Non sono invece necessarie, anche se non sono vietate, indicazioni del tipo "per azioni", o "a responsabilità limitata".

A norma dell'art. 29, comma 2, il *valore nominale minimo delle azioni* non può essere inferiore a *due euro* (il limite è stato così modificato dall'art. 4 del d. lgs. 23 giugno 1998 n. 213, ed è fissato in misura notevolmente bassa, rispetto alle altre cooperative ed alle stesse b.b.c., al fine di incentivare l'accesso del risparmio popolare alle banche popolari). La circostanza che il valore nominale minimo sia così basso non può che deporre per l'inapplicabilità - anche alle banche popolari - dell'obbligo di versamento del *venticinque per cento dei conferimenti in denaro* all'atto della costituzione della società (salvo quanto già detto circa il capitale minimo versato, richiesto ai fini dell'autorizzazione della Banca d'Italia).

Non è, invece, previsto un limite massimo per il valore nominale delle singole azioni, stante anche l'espressa previsione di inapplicabilità dell'art. 2525, comma 1, c.c. (art. 150-bis, comma 1, t.u.b.): ciò significa che *lo statuto di banca popolare potrebbe, legittimamente, fissare il valore nominale delle singole azioni in misura particolarmente elevata, realizzando in tal modo un notevole ostacolo all'operatività della "porta aperta"* (risultato che può apparire particolarmente incongruo, se si considera che il principio

¹³⁴ Per la possibilità che la "banca popolare" non inserisca la suddetta indicazione nella denominazione (fermo l'obbligo di riportare l'indicazione "società cooperativa"), GIUBILEI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 236; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 545; CASTALDI-DI BIASE, *Banche popolari*, cit., p. 460.

¹³⁵ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 586.

¹³⁶ In senso negativo, BASSI, *Commento all'art. 31*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 499; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 586; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 657; Trib. Verona 3 luglio 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, p. 217. In senso affermativo, CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 126; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 546; FORTE, *Tutela della denominazione di banca popolare*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, p. 218; Trib. Udine 23 luglio 2001, in *Mondo bancario*, 2001, p. 64, con nota di DE LILLO, *Le banche popolari tra mutazione del tipo ed identità di categoria: la problematica della denominazione sociale*.

della porta aperta è fatto oggetto, dall'art. 30, comma 5, t.u.b., di una consistente tutela)
137.

Il limite massimo del possesso azionario complessivo di ciascun socio è invece fissato nello 0,50% del capitale sociale (art. 30, comma 2, t.u.b.)¹³⁸, fatta eccezione per gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (o.i.c.v.m.), la cui partecipazione non incontra alcun limite (art. 30, comma 3, t.u.b.); indice questo non solo di una maggiore propensione alla "lucratività", e di maggiori esigenze di patrimonializzazione di questo tipo sociale, ma anche del fatto che la partecipazione degli organismi di investimento da un lato non ha finalità mutualistiche (può probabilmente parlarsi, in questo caso, di "soci strumentali", alla stessa stregua, ad esempio, dei soci persone giuridiche nelle cooperative sociali o consortili, o delle società di gestione di fondi

¹³⁷ Nel senso che il limite massimo di valore nominale della singola azione - previsto per le cooperative codicistiche e per le banche di credito cooperativo - ha funzione strumentale rispetto al principio della porta aperta, al fine di evitare che la quota minima diventi eccessivamente onerosa e selettiva, CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 263; CALANDRA BUONAURA, *Forma giuridica e assetti proprietari dell'impresa bancaria*, cit., p. 109; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 606; CASTALDI-DI BIASE, *Banche popolari*, cit., p. 465; BERNASCONI, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 516.

¹³⁸ L'individuazione in termini percentuali rispetto al capitale, anziché in termini assoluti, del limite massimo della partecipazione ha il vantaggio di evitare, nella maggior parte dei casi, problemi in caso di aumento gratuito del capitale: MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 540; PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 105 ss.; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss. (il quale comunque evidenzia che in alcuni casi - aumento non interamente sottoscritto; esercizio del diritto di opzione in eccedenza in caso di prelazione sull'inoptato - il limite al possesso può essere superato anche con l'attuale disciplina). Per converso, il limite in termini percentuali presenta inconvenienti nel caso di riduzione del capitale (nei casi di recesso, esclusione, o per annullamento di azioni proprie), in quanto in tal caso qualche socio potrebbe trovarsi ad avere un numero di azioni eccedente il limite percentuale: anche in tale ipotesi deve ritenersi che le partecipazioni eccedenti trovino la loro disciplina nell'art. 30, comma 2, t.u.b. (sul problema cfr., anteriormente al t.u.b., TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1625; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss.).

Il limite in termini percentuali comporta, inoltre, per ciascun socio la difficoltà di verificare il superamento del limite, stante che l'importo del capitale (variabile) può mutare senza che il socio ne sia informato: MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 148.

Nel caso in cui la società verifichi il superamento del limite di possesso, deve astenersi dall'emettere i corrispondenti titoli azionari: MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, op. ult. cit.

Anteriormente al t.u.b., cfr. sulla medesima problematica (con riflessioni in parte ancora attuali) MORERA, *Sul mancato rispetto dei limiti legali al possesso azionario nelle cooperative e nelle banche popolari*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 91.

Il termine per procedere all'alienazione decorre dalla contestazione ad opera della banca del superamento del limite, che gli amministratori hanno l'onere di effettuare non appena verificato: SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 278. Ciò perché, essendo il capitale variabile, e non risultante dai titoli azionari, il socio non può venire a conoscenza del fatto di aver superato l'ammontare previsto dalla legge: PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, cit., p. 1114.

Circa i limiti di applicabilità della disciplina delle azioni eccedenti, e per la sua inapplicabilità in sede di emissione di nuove azioni (con conseguente nullità della stessa), PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 108.

Circa il problema della decorrenza dell'acquisizione dei diritti patrimoniali ad opera della banca, a norma dell'art. 30, comma 2, t.u.b., cfr. CASTALDI-DI BIASE, *Banche popolari*, cit., p. 471.

mutualistici, socie di cooperative ¹³⁹). D'altra parte, la partecipazione degli o.i.c.v.m. non dovrebbe essere finalizzata ad obiettivi puramente speculativi, o di predominio gestionale, in capo ai suddetti enti ¹⁴⁰. Infine, è da rilevare che *i limiti previsti dall'art. 30 t.u.b. si applicano anche ai soci persone giuridiche* ¹⁴¹ (*fatta eccezione per i suddetti o.i.c.v.m.*), ed ai conferimenti in natura. *Lo statuto può certamente prevedere limiti più bassi di partecipazione, al fine di incentivare l'azionariato diffuso* ¹⁴².

Il *numero minimo dei soci* non può essere inferiore a *duecento*, allo stesso modo delle banche di credito cooperativo, e con la medesima disciplina in caso di riduzione al disotto di tale limite (art. 30, comma 4, t.u.b.).

Una particolare disciplina è dettata dall'art. 30, commi 5 e 6, t.u.b., in relazione all'*ammissione dei soci*, ed al *trasferimento delle azioni di banca popolare*. Si discuteva, in passato, se tale disciplina fosse applicabile unicamente al caso del trasferimento delle azioni, o anche all'atto della richiesta di ingresso dell'aspirante socio: in quest'ultimo senso opinavano coloro che individuavano nella tutela della "porta aperta" la *ratio* della disciplina in esame, visto che l'operatività di tale principio si coglie proprio in relazione al momento del nuovo ingresso del socio in cooperativa ¹⁴³. Tuttavia, altra parte della dottrina riteneva che il vero motivo che aveva indotto il legislatore ad introdurre la disciplina in commento non era tanto il principio della porta aperta, quanto piuttosto

¹³⁹ Sulla figura dei "soci strumentali", cfr. PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, studio n. 5308/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 9; RAGAZZINI, *Nuove norme in materia di società cooperative. Commento alla legge 31 gennaio 1992 n. 59*, Bologna 2001, p. 656 ss.

¹⁴⁰ MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 540.

La *ratio* del limite massimo al complessivo possesso azionario del socio è sia quella di impedire che l'investimento del socio si trasformi in operazione speculativa, sia quella di evitare che il socio stesso, attraverso l'entità del proprio investimento, assuma di fatto una posizione di predominio nella cooperativa: CASTALDI-NAPOLETANO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 267; CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 72; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 606 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 547; D'AMICO-DE POLIS, *Banche popolari*, cit., p. 461; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 211.

¹⁴¹ Per l'ammissibilità in via generalizzata della partecipazione di enti lucrativi in banche popolari (fatto, tra l'altro, perfettamente compatibile con la qualifica di socio cooperatore dell'ente, sempreché interessato allo scambio mutualistico), SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 276.

¹⁴² CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 128 ss.

¹⁴³ Per l'applicabilità dell'art. 30, comma 5, ad entrambe le fattispecie, con limitazione invece dell'art. 30, comma 6, alla sola ipotesi del trasferimento delle azioni, CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 73 ss.; PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 124 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 537 ss.

Per l'applicabilità di entrambi i commi, 5 e 6, dell'art. 30 sia all'acquirente che al nuovo sottoscrittore di azioni di banche popolari, PIPITONE, *Commento all'art. 30*, cit., p. 482 (ed ivi riferimenti); MINNECI, *Commento all'art. 4 del d. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, in *Le nuove modifiche al testo unico bancario*, a cura di A. Dolmetta, Milano 1999, p. 24; TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1626; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss.; TANTINI, *Le azioni delle banche popolari portatrici dei soli diritti patrimoniali come categoria (nella legge 17 febbraio 1992 n. 207)*, in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 643; Trib. Bologna 24 gennaio 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 726.

l'esigenza di tutela degli investitori - specie se istituzionali - che acquistano le azioni della banca popolare, considerando che spesso si tratta di azioni quotate nei mercati regolamentati ¹⁴⁴. E' evidente che logica conseguenza di quest'ultima lettura è la limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 30, comma 5, t.u.b., al solo caso del trasferimento di azioni già esistenti e circolanti ¹⁴⁵.

Per l'inattendibilità di tale ultima opinione depongono ora, sul piano sistematico, due argomenti decisivi. Da un lato la previsione dell'art. 34, comma 6, t.u.b., come modificata dall'art. 5 del d. lgs. 4 agosto 1999 n. 342, che estende la disciplina del suddetto art. 30, comma 5, anche alle banche di credito cooperativo: queste ultime non hanno azioni quotate in borsa, o comunque istituzionalmente destinate alla circolazione, e la suddetta norma non può che tutelare, in esse, il principio della porta aperta. Non sembra allora logico attribuire alla medesima norma, applicabile nell'identico tenore, una diversa *ratio* ed un diverso ambito di applicazione nelle due tipologie di banche cooperative. D'altro lato, l'art. 150-bis, comma 1, del t.u.b., esclude l'applicabilità a tutte le banche cooperative dell'art. 2528, commi terzo e quarto, c.c. (norma in cui si dispone l'obbligo di motivazione della delibera di rigetto, e si disciplina il riesame della domanda di ammissione): ove non si voglia concludere per l'assenza di qualsiasi tutela dell'aspirante

¹⁴⁴ Per l'individuazione di tale ragione, nella disciplina dell'art. 30, commi 5 e 6, t.u.b., PIPITONE, *Commento all'art. 30*, cit., p. 481; D'AMICO-MANCINELLI, *Commento all'art. 30*, cit., p. 247; CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 74; PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, cit., p. 699; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 593 ss.; APPIO, *Le banche di credito cooperativo fra Testo Unico e disciplina di diritto comune*, cit., p. 229; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 318.

La Consob, con comunicazione n. 99048465 del 17 giugno 1999, ha ritenuto non venga meno la libera trasferibilità delle azioni di banca popolare - anche ai fini della dematerializzazione obbligatoria - qualora, pur sussistendo clausole statutarie di gradimento, le stesse non pregiudichino l'esercizio di diritti patrimoniali da parte degli azionisti.

Per l'opinione, invece, che la disciplina dettata dall'art. 30, comma 5, t.u.b. ha rafforzato il principio della porta aperta, MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 535 (il quale comunque evidenzia che l'aspirante socio "merita protezione eminentemente nella sua veste di *investitore di capitale*"); MINNECI, *Commento all'art. 4 del d. lgs. 4 agosto 1999, n. 342*, cit., p. 25 ss. (ove pure si ravvisa nelle norme in esame "un effettivo miglioramento della posizione del cessionario, di per sé idoneo, nel favorirne la circolabilità, ad accrescere il valore delle azioni e quindi l'interesse del mercato").

Per una posizione intermedia, SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 353, nota 44, secondo il quale se "non si può mettere in discussione che la norma sia nata per rispondere alle esigenze di "mobilitazione" di questi titoli, nemmeno pare potersi dubitare che sia stata sviluppata nella consapevolezza della residua essenza cooperativistica delle banche popolari, visto che si esprime attraverso una delimitazione del potere degli amministratori nella concessione del *placet*, indipendentemente dal fatto - si badi - che gli aspiranti soci siano o meno già in possesso di un titolo azionario".

¹⁴⁵ Per l'applicabilità dell'art. 30, comma 5, t.u.b., alla sola ipotesi del trasferimento delle azioni, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 593 ss.; PRESTI, *Credito cooperativo ed evoluzione del quadro normativo*, cit., p. 204 (che ritiene invece applicabile la norma anche all'ammissione di nuovi soci nelle sole banche di credito cooperativo); PORZIO, *Nuove norme per le partecipazioni delle banche popolari*, cit., p. 1114 ss.

socio nelle banche popolari e nelle banche di credito cooperativo, non resta che ritenere che *il procedimento disciplinato dall'art. 30, comma 5, t.u.b. si applichi sia all'atto dell'ammissione del nuovo socio, sia all'atto del trasferimento delle azioni già esistenti.*

Resta il fatto che la tutela della "*porta aperta*" nelle banche popolari appare, nel complesso, contraddittoria. Per un verso trova applicazione l'art. 2528, ultimo comma, c.c. (che impone agli amministratori di dar conto, nella relazione al bilancio, delle ragioni delle determinazioni assunte riguardo all'ammissione di nuovi soci), e vi è la dettagliata disciplina *ex art. 30, comma 5, t.u.b.*, sopra descritta; per altro verso, sono preclusi all'autorità di vigilanza i provvedimenti sanzionatori *ex art. 2545-sexiesdecies*, ultimo comma, c.c. (che non si applica alle nostre banche), e *lo statuto può legittimamente prevedere un valore nominale delle singole azioni molto alto* (stante l'inesistenza di un limite massimo), *frustrando così di fatto la possibilità di ingresso di nuovi soci.*

La disciplina contenuta nell'art. 30, commi 5 e 6, del t.u.b., va d'altra parte coordinata con la previsione del successivo art. 150-bis, commi 1 e 2, che dichiara espressamente inapplicabili alle banche popolari i commi primo, secondo, terzo, quarto e quinto dell'art. 2530 c.c. (facendo, *a contrario*, salva l'applicabilità del comma 6 del medesimo art. 2530, che consente allo statuto di vietare il trasferimento delle azioni, salvo in tal caso il diritto di recesso del socio). In particolare, l'inapplicabilità del primo comma (disposizione, quest'ultima, che richiede, *ex lege*, l'autorizzazione degli amministratori ai fini dell'efficacia del trasferimento delle azioni nei confronti della società), comporta la *possibilità che il trasferimento delle azioni di banca popolare possa aver luogo liberamente, senza autorizzazione degli amministratori, se lo statuto non contiene una clausola di gradimento.* Tale disciplina, che recepisce un'interpretazione fatta propria da una parte della dottrina e della giurisprudenza anteriormente alla riforma¹⁴⁶, richiede un

¹⁴⁶ Trib. Crema 17 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 581, secondo cui la mancanza nel t.u. 385/1993 di ogni riferimento alle norme codicistiche che richiedono il *placet* degli amministratori per l'ingresso in cooperativa e l'acquisto delle azioni "inclina a far ritenere che con il t.u. 385/1993 il legislatore non abbia più inteso per le banche popolari, diversamente da quanto prescritto in generale per le società cooperative ..., subordinare l'ingresso o il subentro di nuovi soci ad una delibera del consiglio di amministrazione ... La menzione di detta delibera nell'art. 30 commi 5 e 6 del t.u. 385/1993 sembra pertanto doversi considerare riferita al solo caso in cui lo statuto della banca popolare subordini l'ingresso di nuovi soci al "placet" degli amministratori". In senso adesivo a tale sentenza, MANENTI, *La clausola di gradimento nello statuto delle Banche popolari*, *ibidem*, p. 596.

Per la necessità, invece, del *placet* degli amministratori al trasferimento delle azioni, anche in assenza di clausola di gradimento, era l'opinione dominante anteriormente alla riforma: cfr. tra gli altri Cass. 29 ottobre 1996 n. 9445, in *Società*, 1997, p. 401, con nota adesiva di TARZIA, *Limiti legali e statutari al trasferimento di azioni di banche popolari cooperative*; PIPITONE, *Commento all'art. 30*, cit., p. 484 ss.; SCHLESINGER, *Le banche cooperative*, cit., p. 990; FIGNAGNANI, *Clausola di gradimento e banche popolari*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 597 ss.

notevole sforzo sistematico ai fini della sua comprensione, ove si consideri che l'art. 150-*bis* t.u.b. non esclude l'applicazione dell'art. 2527, comma 1, c.c. (in cui si richiede la prescrizione statutaria di requisiti soggettivi ai fini dell'ammissione dell'aspirante socio; requisiti da vagliarsi dagli amministratori a norma del successivo art. 2528, i cui primi due commi si applicano anche alle banche popolari; e rilevanti anche per gli effetti degli artt. 2532, 2533, 2534 c.c.); il tutto in considerazione dello scopo mutualistico, che nelle banche popolari, come nelle altre cooperative, assume rilievo essenziale. L'apparente aporia sistematica può, probabilmente, giustificarsi sia in considerazione della valenza delle azioni di banche popolari quale "valore di investimento", e della loro attitudine alla circolazione (comprovata dall'art. 30, commi 5 e 6, t.u.b.); sia del fatto che il testo unico bancario non prevede *requisiti soggettivi legali* in capo agli aspiranti soci, ai fini dell'ingresso nella banca popolare, a differenza di quanto avviene per le banche di credito cooperativo. E' vero che l'applicazione dell'art. 2527, comma 1, c.c. non è espressamente esclusa per le banche popolari, e che certamente *lo statuto può liberamente prevedere i requisiti ai fini dell'ammissione* ¹⁴⁷. Tuttavia, come rilevato in altra occasione, "in relazione a determinate categorie di cooperative, come quelle di consumo, non vi sono, in realtà, particolari requisiti dei soci necessari per l'attuazione dello scopo mutualistico, ulteriori rispetto al generico interesse ad essere consumatori dei beni e servizi offerti dalla cooperativa"; da ciò si è desunta la "legittimità dell'atto costitutivo di cooperativa di consumo, nella quale siano previsti requisiti per l'ammissione estremamente generici, o sia semplicemente ribadito il divieto di cui all'art. 2527, comma 2, c.c." ¹⁴⁸. *Mutatis mutandis*, le medesime conclusioni possono essere raggiunte con riferimento alle banche popolari, nelle quali - anche in considerazione del "filtro di compatibilità" *ex art.* 2520, comma 1, c.c. - deve ritenersi *sufficiente, ai fini dell'ammissione in società, il generico*

Per una soluzione articolata, in relazione al diverso livello di mutualità risultante in base allo statuto, SANTOSUOSSO, *L'estrema difesa delle banche popolari: il gradimento?*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 212 ss. Quest'ultima soluzione è stata fatta propria dal legislatore del 2004, come evidenziato nel testo.

¹⁴⁷ MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 537; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 274; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 455 ss., evidenzia il frequente interesse delle banche popolari a selezionare i soci in base al luogo di loro residenza o attività.

Lo statuto tipo delle banche popolari contiene una clausola, da reputarsi legittima alla luce di quanto chiarito nel testo, secondo la quale "ai fini dell'ammissione nella società è inoltre necessario che l'aspirante socio abbia uno sperimentato rapporto di clientela in atto con la società stessa; ovvero che sia favorevolmente conosciuto nelle aree in cui la società è attiva attraverso la rete dei propri sportelli per le capacità imprenditoriali, per le qualità professionali o per gli incarichi ricoperti".

¹⁴⁸ PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, cit., paragrafo 6. Nel medesimo senso, cfr. in precedenza BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 180.

"interesse" del socio ad usufruire dei servizi bancari, virtualmente rinvenibile in qualsiasi persona fisica o giuridica.

D'altra parte, l'applicabilità dell'art. 2530, comma 6, t.u.b., e quindi il riconoscimento della legittimità del divieto statutario di alienazione delle azioni, prospetta un modello di banca popolare del tutto alternativo, nel quale l'autonomia statutaria realizza una totale "chiusura" della compagine sociale, a salvaguardia, presumibilmente, di un più accentuato "livello di mutualità". Si può sintetizzare il quadro sistematico emergente dalla recente riforma, con l'affermazione che *l'autonomia statutaria può plasmare le caratteristiche tipologiche della banca popolare, spaziando da un modello di massima apertura (quello della banca popolare con azioni quotate nei mercati regolamentati), ad un modello di totale chiusura (quello caratterizzato dal divieto statutario di circolazione delle azioni).*

Ecco, allora, che il quadro assume connotazioni più precise:

- *nel caso in cui lo statuto non richieda particolari e specifici requisiti ai fini dell'ammissione, non sarà richiesta l'autorizzazione del consiglio di amministrazione al trasferimento delle azioni (che coerentemente lo statuto non prevederà); conseguentemente, non troveranno applicazione, in tal caso, i commi 5 e 6 dell'art. 30 t.u.b.;*

- *nel caso in cui specifici requisiti soggettivi siano richiesti (ad esempio, residenza e simili), il che avviene soprattutto nelle banche popolari di piccole dimensioni, ne risulterà una situazione praticamente identica, sotto il profilo *de quo*, a quella delle banche di credito cooperativo: di conseguenza lo statuto dovrà coerentemente prevedere o il gradimento degli amministratori alla cessione delle azioni, con applicazione in tal caso dell'art. 30, commi 5 e 6, t.u.b.; o, in alternativa, il totale divieto di cessione delle azioni medesime.*

A differenza, quindi, delle banche di credito cooperativo, nelle quali la presenza di requisiti soggettivi legali, la previsione di un valore nominale massimo delle singole azioni e l'applicabilità dell'art. 2530, comma 1, c.c., danno luogo ad una tutela della "porta aperta" analoga a quella approntata per le cooperative codicistiche, *nelle banche popolari la concreta portata ed attuazione del principio della porta aperta è rimessa all'autonomia statutaria, e può configurarsi con varia intensità, in dipendenza dei requisiti soggettivi, del valore nominale e delle regole di circolazione delle azioni, quali*

fissati dallo statuto ed a loro volta dipendenti, il più delle volte, dalle *caratteristiche dimensionali* della banca popolare.

A norma dell'art. 30, comma 5, t.u.b., sia in caso di rigetto della domanda di ammissione a socio, sia in caso di rifiuto di gradimento alla cessione delle azioni (ove il gradimento sia statutariamente previsto e la cessione non sia vietata), *le delibere del consiglio di amministrazione devono essere motivate*, avuto riguardo all'interesse della società, alle prescrizioni statutarie ed allo spirito della forma cooperativa¹⁴⁹; la deliberazione di rigetto deve essere comunicata all'aspirante socio, il quale può ricorrere entro trenta giorni al *collegio dei probiviri* (organo la cui *previsione statutaria* diviene pertanto *obbligatoria*, come già rilevato a proposito delle banche di credito cooperativo). Quest'ultimo, integrato con un rappresentante dell'aspirante socio, può richiedere al consiglio di amministrazione il *riesame della domanda* (ed in ogni caso si ritiene applicabile a favore dell'aspirante socio il rimedio dell'opposizione giudiziale contro il

¹⁴⁹ Rispetto, quindi, alla disciplina oggi dettata dagli artt. 2528 e 2530 c.c., la specificità della disposizione dell'art. 30 t.u.b. consiste nella statuizione di parametri, a cui gli amministratori devono attenersi nella loro valutazione, a tutela sia dei soci attuali che dell'aspirante socio: PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, cit., p. 702; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 536.

Con specifico riferimento ai parametri indicati dall'art. 30, comma 5, si è evidenziato (PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, cit., p. 705 ss.):

- che l'interesse sociale è l'interesse alla redditività dell'impresa bancaria ed alla massimizzazione dell'utilità sociale, che tale interesse va valutato con riferimento alla persona del socio entrante (si fanno gli esempi del socio le cui caratteristiche possano nuocere all'immagine della società, o della banca concorrente, o dell'organismo collettivo di investimento che faccia parte di un gruppo concorrente, o del socio che non sia solvibile, o comunque non abbia caratteristiche patrimoniali tali da consentirgli l'accesso al credito o in genere ai rapporti mutualistici). Non hanno rilevanza, invece, gli interessi extrasociali dei soci in quanto dipendenti della banca popolare, né l'interesse del *management* a mantenere la propria posizione (e ad evitare quindi "scalate"). Si è altresì ritenuto che nell'ambito dell'interesse sociale debba essere valutata - al fine di escludere l'autorizzazione alla cessione delle azioni - la circostanza che il socio non abbia adempiuto le proprie obbligazioni (anche mutualistiche) a favore della società, in modo da garantire a quest'ultima, in presenza di apposita clausola statutaria, la compensazione, a seguito dell'esclusione del socio inadempiente, del credito del socio alla quota di liquidazione con il suo debito verso la società: PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 15, e p. 69 ss.;

- quanto allo "spirito della forma cooperativa", si è ritenuto che lo stesso attenga all'aspetto strutturale ed organizzativo della cooperativa, e quindi al principio della porta aperta, ai limiti del possesso azionario ed al voto capitaro, ed al carattere di democraticità che ne consegue. Sono stati fatti gli esempi dell'acquisto a mezzo di persona interposta, per effetto del quale si superino i limiti massimi al possesso azionario; dell'acquisto da parte di soci portatori di interessi particolaristici (ad esempio, dipendenti della banca), la cui prevalenza, in base alle specifiche circostanze, potrebbe pregiudicare l'interesse alla democrazia societaria. Altri ha tuttavia ritenuto che l'espressione "spirito della forma cooperativa" stia ad indicare l'intento del legislatore di "tutelare l'interesse cooperativistico dei terzi ad accedere alla compagine sociale": SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 353, nota 44.

E' in ogni caso da escludersi un utilizzo dell'istituto del *placet* in chiave di difesa dalle "scalate", o comunque a tutela della stabilità del gruppo di comando: RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 329 ss.; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 688.

rigetto ¹⁵⁰). Se è stata rifiutata l'ammissione a socio, è comunque *possibile esercitare i diritti aventi contenuto patrimoniale relativi alle azioni possedute*, fermi restando i limiti massimi di partecipazione e la relativa regolamentazione restrittiva ¹⁵¹.

¹⁵⁰ Per l'ammissibilità del ricorso all'autorità giudiziaria, che non è precluso dalla previsione della competenza dei probiviri, SANTORO, *Commento all'art. 34*, cit., p. 537; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 595, e p. 609 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 536; MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 150; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 330; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 688; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, in cit., p. 80 ss.

Si discute sulle conseguenze della declaratoria di illegittimità del diniego del *placet*:

a) - per la possibilità di ordinare giudizialmente l'iscrizione dell'aspirante socio nel libro soci, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 596; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 458; SANTOSUOSSO, *L'estrema difesa delle banche popolari: il gradimento?*, in *Giur. comm.*, 1995, II, p. 215 ss.; SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni*, Milano 1993, p. 248; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 331; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 688; Trib. Crema 17 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 582;

b) - *contra*, sulla base dell'inesistenza di un diritto soggettivo dell'aspirante socio ad entrare in società, MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 536; PINTUS, *Questioni in tema di cessione azionaria di cooperativa in assenza del gradimento*, cit., p. 181; CELLI, *Il declino della clausola di gradimento nelle Banche popolari: diritto all'ingresso degli aspiranti soci*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 591 ss.; TARZIA, *Le banche popolari nel sistema delle società cooperative*, cit., p. 1627; App. Brescia 30 dicembre 1993, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 647.

Non vi sono dubbi, invece, che in caso di illegittimo diniego di autorizzazione spetti all'aspirante socio il risarcimento del danno: PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 129; PENNISI, *Il rifiuto del gradimento fondato sull'"interesse della società" e sullo "spirito della forma cooperativa" nelle banche popolari*, cit., p. 734; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 536; SANTOSUOSSO, *Le due anime e le diverse identità delle banche popolari nell'universo della cooperazione*, cit., p. 459; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 331; RESCIGNO, *La circolazione delle azioni di banche popolari fra codice civile e normativa speciale*, cit., p. 688; App. Brescia 30 dicembre 1993, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 200. *Contra*, ma senza apprezzabili motivazioni, Trib. Crema 17 novembre 1994, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 583 ss.

¹⁵¹ Per l'individuazione dei diritti patrimoniali spettanti al socio non gradito, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 597; Trib. Bologna 24 gennaio 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 726, con nota di PERON, *Sui diritti riconoscibili al mero possessore di azioni di Banca popolare*; D'AMICO-DE POLIS, *Banche popolari*, cit., p. 464, nota 7; TANTINI, *Le azioni delle banche popolari portatrici dei soli diritti patrimoniali come categoria (nella legge 17 febbraio 1992 n. 207)*, cit., p. 642.

L'alienante perde comunque la qualità di socio, e quindi i diritti amministrativi connessi alle azioni non possono, comunque, essere esercitati: PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 127 ss.; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 597; TARZIA, *Disciplina applicabile all'esproprio delle azioni delle banche popolari*, in *Società*, 1994, p. 1251; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss.

Per la configurabilità delle azioni con soli diritti patrimoniali come vera e propria categoria di azioni, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 598; GROSSO, *Categorie di azioni ed assemblee speciali*, Milano 1993, p. 122 ss.; TANTINI, *Le azioni delle banche popolari portatrici dei soli diritti patrimoniali come categoria (nella legge 17 febbraio 1992 n. 207)*, cit., p. 641; Trib. Bologna 24 gennaio 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 726; Trib. Napoli 18 aprile 1994, in *Società*, 1994, p. 1247, ed in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 649.

In senso contrario, sulla base del rilievo che la legge non configura diritti patrimoniali autonomamente cedibili ed espropriabili, e che l'acquirente non gradito può cedere ulteriormente con pienezza di diritti, solo che il subcessionario riceva il gradimento, PIPITONE, *Commento all'art. 30*, cit., p. 488 (ed ivi altri riferimenti); PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 133 ss.; MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 151; SALANITRO, *Profili normativi delle banche cooperative*, cit., p. 276 ss.; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 663, nota 10; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 91.

Per il rilievo che, ai fini della legittimazione all'esercizio dei diritti patrimoniali, occorre che sia stato richiesto e rifiutato il gradimento, MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 537.

La disciplina contenuta nel comma 5 dell'art. 30 t.u.b. comporta - secondo il condivisibile orientamento della dottrina e della giurisprudenza - l'*inammissibilità, negli statuti delle banche popolari, delle clausole di mero gradimento al trasferimento delle azioni*¹⁵². Ci si potrebbe chiedere la ragione di ciò, nella misura in cui è addirittura consentito il divieto statutario di circolazione delle azioni di banca popolare. La risposta, in grado di restituire coerenza al sistema, sta probabilmente nell'*esigenza di precludere agli amministratori della banca - i cui poteri sono notoriamente fin troppo estesi*¹⁵³ - *l'arbitrio nell'ammissione di nuovi soci* (soci che costituiscono la loro "base elettorale", e la cui ammissione può costituire un agevole strumento per la perpetuazione dell'assetto di potere vigente¹⁵⁴). *Arbitrio che non ha ovviamente modo di attuarsi a fronte di clausole statutarie che vietino in radice la circolazione delle partecipazioni.*

Si ritiene che le azioni di banca popolare possano circolare per girata, ma che l'esercizio dei diritti sociali - anche dei soli diritti patrimoniali - presupponga l'iscrizione dell'azionista nel libro soci (che è necessaria sia per escludere la correlativa legittimazione del cedente, sia per verificare se il cessionario abbia superato il limite massimo del possesso azionario consentito): PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 128; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 599; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 332; Trib. Bologna 24 gennaio 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 726, con nota di PERON, *Sui diritti riconoscibili al mero possessore di azioni di Banca popolare*; D'AMICO-DE POLIS, *Banche popolari*, cit., p. 464; MARCHETTI, *Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolari*, cit., p. 80 ss. *Contra*, OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 662, nota 10.

Per l'attribuzione della qualità di socio all'acquirente non gradito cui spettano i diritti patrimoniali, RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 331 ss.; Trib. Bologna 24 gennaio 1996, in *Nuova giur. civ.*, 1996, I, p. 726. *Contra*, SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 375.

Si è affermato che, a seguito della trasformazione o fusione di banca popolare in banca società per azioni, all'azionista cui era stato rifiutato il gradimento deve esser attribuito lo *status* pieno di socio, "poiché l'inidoneità del trasferimento del titolo a produrre effetti in quella determinata direzione è strutturalmente legata alla forma ed alla natura cooperativa, per cui, con il passaggio al tipo società per azioni, la (parziale) inefficacia della cessione non è più opponibile al cessionario": SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 374.

¹⁵² D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 609; RESCIGNO, *Il nuovo volto delle banche popolari*, cit., p. 328 ss.; CELLI, *Il declino della clausola di gradimento nelle Banche popolari: diritto all'ingresso degli aspiranti soci*, cit., p. 585 ss.; App. Brescia 30 dicembre 1993, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1994, II, p. 647.

¹⁵³ Cfr., per la constatazione - e la critica - dello strapotere delle tecnostutture in ambito cooperativo - soprattutto MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 203 ss. (il quale evidenzia come lo strapotere degli amministratori sia determinato da una serie di cause concorrenti: l'accentuata stabilità degli stessi, anche in mancanza di limiti alla rieleggibilità; il controllo della "base elettorale", attraverso gli istituti dell'ammissione, della "accettazione" del recesso, della esclusione, dell'acquisto di azioni proprie); BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 561 ss.; CERRAI, *Il principio di democrazia nella gestione dell'impresa cooperativa: prospettive desumibili dall'esperienza tedesca per la riforma legislativa italiana*, cit., p. 42 ss.; GALGANO, *Il ruolo dell'impresa cooperativa nel quadro delle istituzioni dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, p. 340 ss.; VERRUCOLI, *Per una riforma della società cooperativa*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 16 ss. (ove la critica alla meccanica applicazione - soprattutto per quanto riguarda il rapporto tra assemblea ed amministratori di cooperative - delle norme sulle società per azioni).

¹⁵⁴ MARASA', *Regole di corporate governance e banche di credito cooperativo*, cit., p. 204.

Si è visto che lo statuto di banca popolare non deve necessariamente prevedere l'operatività prevalente con i soci, anche se una tale limitazione può essere volontariamente inserita nello statuto ¹⁵⁵; ciò che risulta *essenziale* - ai fini della qualificazione come banca popolare - è *che non siano contestualmente previsti l'attività prevalente con i soci e la limitazione territoriale dell'attività*, perché in tal caso la doppia limitazione inciderebbe gravemente sul rischio dell'attività bancaria, e richiederebbe una maggiore patrimonializzazione degli utili ed un più incisivo intervento dell'organo di controllo, ricadendosi allora nella disciplina della banca di credito cooperativo.

Le superiori riflessioni consentono di ritenere probabilmente incompatibile con la disciplina delle banche popolari, ai sensi dell'art. 2520, comma 1, c.c., la previsione dell'art. 2521, comma 2, c.c., che preclude lo svolgimento di *attività con terzi* in assenza di autorizzazione statutaria in tal senso: proprio le esigenze di stabilità bancaria - che addirittura nelle banche di credito cooperativo, caratterizzate da una "mutualità prevalente necessaria", legittimano l'intervento dell'organo di controllo al fine di consentire l'operatività prevalente con terzi per ragioni di stabilità - inducono a maggior ragione a ritenere che la banca popolare, istituzionalmente cooperativa a mutualità non prevalente e quindi operante indifferentemente con soci e non soci, debba poter operare, per le medesime ragioni di stabilità, con i terzi a prescindere da qualsiasi autorizzazione statutaria. In altri termini, *nelle banche popolari le ragioni di stabilità prevalgono nettamente sulle ragioni della mutualità, facendo sì che la banca possa operare con terzi anche se lo statuto tale attività non preveda*.

Le conclusioni sopra raggiunte - in ordine alla varietà dei tipi di banca popolare che possono essere configurati dall'autonomia privata - consentono di risolvere un altro problema, oltremodo discusso anteriormente alla riforma: quello dell'ammissibilità o meno del *pegno o sequestro di azioni di banca popolare*: a fronte di una disposizione, l'art. 2531 del codice civile del 1942 (corrispondente all'attuale art. 2537) che precludeva (e preclude) l'*espropriazione delle azioni di cooperativa* al creditore particolare del socio, dottrina e giurisprudenza erano divise: da un lato si facevano prevalere le ragioni della mutualità, e quindi l'esigenza di assicurare in capo al socio, in ogni momento, la presenza dei requisiti soggettivi coerenti con lo scopo mutualistico induceva a ritenere inammissibile, anche nelle banche popolari, l'espropriazione delle azioni, e di

¹⁵⁵ CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 128.

conseguenza illegittimi il pegno ed il sequestro delle azioni medesime ¹⁵⁶; dall'altro lato, chi enfatizzava il profilo della "lucratività" nelle banche popolari, negando la presenza in esse di uno scopo mutualistico in senso tradizionale, coerentemente affermava l'inespropriabilità delle azioni, e quindi l'ammissibilità di pegno e sequestro delle stesse ¹⁵⁷. A seguito del d. lgs. n. 310/2004, il riconoscimento dello scopo mutualistico delle banche popolari dovrebbe far propendere decisamente per la prima delle due tesi surriportate; e d'altra parte il silenzio del legislatore del 2004, che nell'art. 150-*bis*, comma 1, t.u.b., non enumera l'art. 2537 c.c. tra le disposizioni inapplicabili alle banche cooperative (e quindi anche alle banche popolari), è certamente indice di una precisa volontà del legislatore, nel segno di una "presunzione di compatibilità" dell'art. 2537 c.c. con la disciplina bancaria. Senonché, mentre per le banche di credito cooperativo l'inespropriabilità delle azioni appare perfettamente coerente con la disciplina speciale ad esse dedicata, il discorso è più complesso in relazione alle banche popolari. In queste ultime, infatti, l'art. 30, comma 6, t.u.b. legittima la presenza dell'azionista (non gradito) al quale è consentito unicamente l'esercizio dei diritti patrimoniali, e che non partecipa quindi allo scambio mutualistico: e se una tale possibilità è ammessa a seguito dell'alienazione volontaria delle azioni, non si vede perché debba essere preclusa in caso di espropriazione forzata, allorché l'aggiudicatario delle azioni non sia in possesso dei requisiti soggettivi statutari ¹⁵⁸. In tali ipotesi, la previsione dell'art. 2537 c.c. deve ritenersi incompatibile - ai sensi dell'art. 2520, comma 1, c.c. - con la disciplina speciale del testo unico bancario. Nel contempo,

¹⁵⁶ Per l'inespropriabilità, e l'inammissibilità di pegno e sequestro di azioni di banca popolare, PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 67 ss., 131 ss. (che ne individua peraltro la *ratio* in un privilegio concesso alla banca popolare rispetto agli altri creditori, rappresentando l'azione una garanzia per le obbligazioni, anche mutualistiche, dei soci verso la società; mentre l'opinione maggioritaria individua la *ratio* del suddetto divieto di espropriazione nell'*intuitus personae*); Trib. Treviso 27 novembre 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 734; Pretura Frosinone 27 gennaio 1998, in *Società*, 1998, p. 1073, con nota adesiva di FABRIZIO, *Impignorabilità della quota di partecipazione a banche popolari*; Trib. Napoli 21 marzo 1994, in *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Sequestro conservativo*, n. 80; Trib. Napoli 12 gennaio 1987, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 197.

¹⁵⁷ Ritenevano le azioni di banca popolare espropriabili, e quindi assoggettabili a pegno e sequestro, BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 398-399, e p. 556; PINTUS, *Questioni in tema di cessione azionaria di cooperativa in assenza del gradimento*, in *Riv. not.*, 1997, p. 185; TARZIA, *Disciplina applicabile all'esproprio delle azioni delle banche popolari*, in *Società*, 1994, p. 1251; Trib. Napoli 18 aprile 1994, in *Società*, 1994, p. 1247; Cass. 23 luglio 1996 n. 6596, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1227; in *Società*, 1997, p. 283, con nota di CUPIDO; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1378; in *Vita not.*, 1997, p. 898; Trib. Arezzo 16 maggio 1990, in *Dir. bancario*, 1991, I, p. 559, con nota di PIPITONE.

¹⁵⁸ Quanto precisato nel testo non implica che oggetto dell'espropriazione siano unicamente i "diritti patrimoniali", come sembra adombrare Trib. Napoli 18 aprile 1994, in *Società*, 1994, p. 1247: se si accoglie l'orientamento preferibile, che non ravvisa nella fattispecie dell'art. 30, comma 6, t.u.b., una categoria speciale di azioni, deve ritenersi che - in quanto ammessa - l'espropriazione delle azioni abbia ad oggetto le partecipazioni in quanto tali, comprensive di tutti i diritti presenti e futuri ad esse spettanti; l'aggiudicatario delle azioni potrà richiedere agli amministratori il gradimento, e potrà ottenerlo se in possesso dei requisiti soggettivi richiesti dallo statuto. Solo in mancanza di tali requisiti e del gradimento, troverà applicazione la limitazione all'esercizio dei diritti patrimoniali di cui al richiamato art. 30, comma 6.

alla mancata elencazione dell'art. 2537 c.c. ad opera dell'art. 150-bis t.u.b. non può non attribuirsi significato. Può ipotizzarsi, allora, un residuo ambito di applicazione dell'art. 2537 c.c.? La soluzione sta probabilmente nella previsione dell'ultimo comma dell'art. 2530 c.c., applicabile come si è visto alle banche popolari: *ove l'autonomia statutaria opti per l'assoluta "chiusura" della compagine sociale, vietando in radice l'alienazione delle azioni, anche l'espropriazione delle stesse - e quindi il relativo pegno e sequestro - saranno vietati dall'art. 2537 c.c.; nel caso invece in cui, all'opposto, lo statuto opti per la libera trasferibilità, o per la trasferibilità condizionata al gradimento, le azioni di banca popolare potranno essere espropriate, ed assoggettate a pegno o sequestro, salva l'applicazione - estensiva, più che analogica - all'aggiudicatario non gradito dell'art. 30, comma 6, t.u.b.*¹⁵⁹.

L'art. 32, comma 1, del t.u.b. prevede l'accantonamento obbligatorio a *riserva legale* di almeno il *dieci per cento* degli utili netti annuali; i rimanenti *utili di esercizio* - fatti salvi i vincoli propri della normativa bancaria - possono essere liberamente distribuiti ai soci, ovvero accantonati a riserve facoltative o destinati a *beneficenza o assistenza*¹⁶⁰. L'art. 150-bis t.u.b. non prevede per le banche popolari - a differenza che per le banche di credito cooperativo - la possibilità di *rivalutazione delle azioni*, mediante rinvio all'art. 7 della legge n. 59/1992: la circostanza si giustifica sia per la generale inapplicabilità della legge n. 59/1992 alle banche popolari, sia per la valenza "agevolativa" della suddetta disposizione, sia infine per il fatto che - non sussistendo nelle banche popolari limitazioni alla distribuzione di utili e riserve ai soci - *non vi è alcun ostacolo all'aumento gratuito del capitale*, che quindi potrà aver luogo senza limitazioni (in particolare, senza necessità di contenere la rivalutazione nei limiti delle variazioni accertate dall'Istat).

Si è visto che le banche popolari sono caratterizzate, al pari delle altre cooperative, dallo *scopo mutualistico* (sia pure diversamente connotato in base alle prescrizioni del testo unico bancario). Ciò comporta, in applicazione delle previsioni dell'art. 2521 c.c., la *necessaria previsione nello statuto, o in apposito regolamento mutualistico approvato*

¹⁵⁹ La soluzione proposta nel testo - inespropriabilità delle azioni di banca popolare a tutela dell'accentuata mutualità richiesta dallo statuto sociale (ove quest'ultimo vieti il trasferimento delle azioni a norma dell'art. 2530, comma 6, c.c.), e quindi fondamentalmente riconducibile ad una scelta dell'autonomia privata - consente probabilmente, in coerenza con il ruolo riconosciuto all'autonomia privata, di ipotizzare anche un'ulteriore situazione: quella in cui lo statuto vieti la cessione delle azioni consentendo, invece, il pegno sulle azioni stesse: nel qual caso deve evidentemente ritenersi inapplicabile il divieto di espropriazione ex art. 2537 c.c., pena la lesione della *par condicio creditorum*.

¹⁶⁰ Per la distinzione tra mutualità da un lato, e funzione filantropica (beneficenza e assistenza) dall'altro, SALAMONE, *Le banche popolari ovvero: "la mutualità che visse due volte"*, cit., p. 604 e 610.

dall'assemblea ¹⁶¹, delle regole e dei criteri per lo svolgimento dell'attività mutualistica con i soci ¹⁶²; innovazione, questa, riferibile a tutte le cooperative, ma che nelle banche popolari assume valenza particolare, stante la prassi diffusa anteriormente alla riforma societaria, che ignorava completamente, a livello di redazione statutaria, il profilo della mutualità, a sua volta discusso come sopra evidenziato.

Anche nelle banche popolari vige la regola tassativa ed inderogabile del *voto capitario*, applicabile senza eccezioni *anche alle persone giuridiche socie* (art. 30, comma 1, t.u.b.).

Ove si condivida l'inquadramento delle banche popolari nell'ambito delle *cooperative di consumo* ¹⁶³, sorge il problema se sia applicabile, o meno, alle suddette banche il disposto dell'articolo unico del R.D.L. 17 settembre 1925 n. 1735, convertito in legge 18 marzo 1926 n. 562, a norma del quale "*i soci di una cooperativa di consumo i quali abbiano contratto con l'azienda cooperativa un rapporto di impiego e di lavoro di carattere continuativo per il quale percepiscano una retribuzione in denaro o in natura a carico del bilancio sociale, non hanno diritto di partecipare, per tutta la durata di tale rapporto di impiego o di lavoro, alle votazioni nelle assemblee convocate per l'approvazione del bilancio e per la elezione degli amministratori e dei sindaci della cooperativa stessa. Le votazioni alle quali essi abbiano partecipato sono nulle*". La disposizione priva quindi parzialmente di voto i soci delle cooperative di consumo che siano nel contempo lavoratori o impiegati della cooperativa, e sanziona con la nullità le deliberazioni in cui detto voto sia comunque espresso (in contrasto con le disposizioni

¹⁶¹ La competenza per l'approvazione dei regolamenti mutualistici è inderogabilmente dell'assemblea, che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea straordinaria; sono quindi invalide le clausole statutarie che - con riferimento generico ai "regolamenti interni" - prevedano la competenza del consiglio di amministrazione per la relativa approvazione: PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, cit., paragrafo 2; CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano 2005, p. 122; COSTI, *Il governo delle società cooperative: alcune annotazioni esegetiche*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 243.

¹⁶² Sui rapporti tra statuto e regolamento interno, ai fini dell'individuazione delle regole per lo svolgimento dell'attività mutualistica, cfr. PETRELLI, *I profili della mutualità nella riforma delle società cooperative*, cit., paragrafi 1 e 2.

¹⁶³ Si tratta dell'orientamento prevalente, tra coloro che ammettono la mutualità nelle banche popolari: cfr. per tutti PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 84; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 364, nota 79; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 656 (il quale, criticando la tesi di Bassi che individua nella banca popolare una "cooperativa di produzione", osserva che "la cooperativa di credito ha senso (o ha anzitutto senso) come quella che associa per la fruizione (o anche per la fruizione) del credito e non (solo) per concederlo a terzi, il che non darebbe ragione della scelta di un modello ispirato dalla causa mutualistica. D'altra parte, cooperativa di produzione è quella nella quale i soci concorrono a produrre altrimenti che con un semplice conferimento in denaro e per ottenere un risultato che non si esaurisce nel reddito di tale conferimento: diversamente vi è, puramente e semplicemente, società lucrativa").

codicistiche che prevedono tale invalidità solo in caso di esito negativo della c.d. prova di resistenza). La norma, da considerarsi probabilmente tuttora vigente ¹⁶⁴, sarebbe - secondo il prevalente orientamento dottrinale e giurisprudenziale - estensibile a tutte le *cooperative di consumo in senso ampio*, ivi comprese ad esempio le *cooperative di credito* ¹⁶⁵; altri opta invece per un'interpretazione restrittiva, che ne determinerebbe l'inapplicabilità alle banche cooperative ¹⁶⁶.

Come per le banche di credito cooperativo, anche nelle banche popolari la *nomina degli amministratori e dei membri degli organi di controllo* è riservata ai competenti organi sociali (art. 29, comma 3, t.u.b., come modificato dall'art. 42 del d. lgs. n. 310/2004); si vedano le osservazioni fatte a tal proposito ¹⁶⁷. Identica è pure la previsione - ex art. 52, comma 1, del d. lgs. n. 385/1993, come modificato dall'art. 9.14 del d. lgs. n. 37/2004, nonché dell'art. 8, commi 3 e 6, del d. lgs. n. 58/1998, come modificato dall'art. 9.49 del d. lgs. n. 37/2004 - circa i poteri che *lo statuto* della banca deve assegnare *all'organo di controllo al fine di informare la Banca d'Italia e la Consob* delle irregolarità nella gestione, o delle violazioni delle norme che disciplinano l'attività bancaria e di prestazione di servizi di investimento.

A differenza, peraltro, delle banche di credito cooperativo, qui *non è prevista la possibilità di affidare il controllo contabile al collegio sindacale*: e nella misura in cui la

¹⁶⁴ Parte della dottrina, proprio alla luce dei nuovi principi codicistici, ha ritenuto che tale disposizione sia da considerarsi implicitamente abrogata (BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, cit., p. 706. In senso dubitativo, TRIMARCHI, *Le nuove società cooperative*, Milano 2004, p. 137, nota 11); altri ha, all'opposto, ritenuto ancor oggi sussistente la *ratio* che ne ha determinato l'emanazione (BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit., p. 578). In quest'ultimo senso depono la disposizione dell'art. 2520, comma 1 (e la precedente contenuta nel vecchio art. 2517), nel significato come sopra illustrato: trattandosi di disposizione che esprime un principio proprio del settore delle cooperative di consumo, deve ritenersi che la stessa prevalga sulle disposizioni codicistiche incompatibili.

¹⁶⁵ Per l'estensione della disposizione a tutte le cooperative, con esclusione di quelle di lavoro, VERRUCOLI, *La società cooperativa*, Milano 1958, p. 328; ID., *Cooperative (imprese)*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 585.

Per l'estensione della disciplina del R.D. n. 1735/1925 alle banche popolari, Pretura Novara 15 marzo 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 1017, con nota di MONTEVERDE, *La votazione dei soci-dipendenti ed altre questioni*; Pretura Udine 13 aprile 1989, in *Società*, 1989, p. 836, con nota di SANSONE, ed in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 107, con nota di BERNARDINI, *Sul diritto di voto dei soci dipendenti delle banche popolari*.

¹⁶⁶ Per l'inapplicabilità della disposizione alle cooperative diverse da quelle di consumo in senso stretto, sulla base della natura eccezionale della disposizione che non ne consentirebbe l'estensione analogica, App. Roma 17 ottobre 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 212.

¹⁶⁷ Stante l'applicabilità alle banche popolari dell'art. 2542, comma 2, c.c., la maggioranza degli amministratori deve essere scelta tra i soci cooperatori, o tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche (esclusi, quindi, da queste ultime gli o.i.c.v.m.). Possono essere inoltre adottati - stante l'applicazione dell'art. 2544 c.c., e delle corrispondenti norme dettate in tema di società per azioni - i sistemi dualistico o monistico di amministrazione, come si desume anche dalle modifiche apportate, ad opera del d. lgs. n. 310/2004, all'art. 29 del t.u.b.

Sugli organi di controllo delle banche cooperative, cfr. anche la disciplina contenuta nel d.m. 18 marzo 1998 n. 161.

banca popolare faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, è necessario affidare tale controllo contabile ad una *società di revisione*, iscritta nel registro dei revisori contabili (art. 2409-bis, comma 2, c.c.). Per quanto concerne gli *amministratori*, l'art. 2542, comma 2, c.c., dispone che *la maggioranza di essi devono essere scelti tra i soci cooperatori, o tra le persone indicate dai soci cooperatori persone giuridiche*. Nelle banche popolari, che si è visto essere connotate - al pari delle altre cooperative - dalla gestione di servizio, soci cooperatori sono coloro che entrano in società per partecipare allo scambio mutualistico. A differenza delle cooperative codicistiche, in cui la figura del socio cooperatore è disciplinata in contrapposizione a quella del "socio finanziatore", nelle banche popolari non esiste quest'ultima categoria; esistono, peraltro, i "*soci investitori*", individuabili negli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (art. 30, comma 3, t.u.b.), per i quali si potrebbe sostenere che essi non partecipano alla banca per usufruire dei servizi bancari, e non sono quindi qualificabili come soci cooperatori. Ne deriverebbe, inevitabilmente, che *le persone designate dagli organismi di investimento collettivo (persone giuridiche) possono essere amministratori, ma la maggioranza di questi ultimi deve essere rappresentata da soci cooperatori*. Tutti gli amministratori devono inoltre possedere i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza prescritti dall'art. 26 t.u.b. (e cfr. il d.m. 18 marzo 1998 n. 161).

Se lo statuto della banca popolare prevede, a norma dell'art. 2530, comma 6, c.c., il divieto di cessione delle azioni, la disciplina applicabile sarà quella propria delle *società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio* (connotata, come è noto, da più ampi margini riservati all'autonomia statutaria).

Le banche popolari, i cui statuti non prevedano l'intrasferibilità delle azioni, rientrano invece - a norma dell'art. 2325-bis c.c., e dell'art. 111-bis disp. att. c.c., applicabili in virtù del richiamo contenuto nell'art. 2519, comma 1, c.c. - tra le *società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, nella misura in cui ricorrano le condizioni previste dall'apposita normativa secondaria ¹⁶⁸. Il che comporta conseguenze in termini di

¹⁶⁸ Cfr. anche l'art. 2-bis del Regolamento emittenti, emanato dalla Consob con deliberazione 14 maggio 1999 n. 11971, come modificata con deliberazione 23 dicembre 2003, n. 14372, ai sensi del quale:

"1. Sono emittenti azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante gli emittenti italiani i quali, contestualmente:

a) abbiano azionisti diversi dai soci di controllo in numero superiore a 200 che detengano complessivamente una percentuale di capitale sociale almeno pari al 5%;

b) non abbiano la possibilità di redigere il bilancio in forma abbreviata ai sensi dell'articolo 2435-bis, primo comma, del codice civile.

2. I limiti di cui al comma precedente si considerano superati soltanto se le azioni alternativamente:

- abbiano costituito oggetto di una sollecitazione all'investimento o corrispettivo di un'offerta pubblica di scambio;

disciplina: oltre alle norme codicistiche in tema di società per azioni, differenziate in relazione al profilo in esame, merita segnalare che lo *status* di "società aperta" determina l'*inapplicabilità*, per espressa previsione dell'art. 34, comma 1, del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, *della nuova disciplina in tema di arbitrato e clausole compromissorie*¹⁶⁹. Inoltre, gli emittenti di titoli diffusi sono soggetti agli obblighi indicati dall'art. 116 t.u.f. (comunicazioni al pubblico ed alla Consob; sottoposizione al controllo di una società di revisione, iscritta nel registro dei revisori contabili, del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato). Per quanto specificamente concerne la *disciplina codicistica delle società per azioni "aperte"*, la stessa troverà applicazione alle banche popolari solo nei *limiti di compatibilità* con la disciplina cooperativistica, ai sensi dell'art. 2519, comma 1, c.c.: il che comporta, ad esempio, la possibilità - ove non si tratti di società quotata - di regolamentare liberamente la *convocazione delle assemblee* (art. 2521, comma 3, n. 9, c.c.); la possibilità di prevedere *quorum* costitutivi e deliberativi *meno rigorosi* rispetto a quanto prescritto dalla normativa in tema di società per azioni (art. 2538, comma 5, c.c.)¹⁷⁰; la possibilità di *previsione statutaria di ulteriori cause di recesso*, rispetto a quelle

- abbiano costituito oggetto di un collocamento, in qualsiasi forma realizzato, anche rivolto a soli investitori professionali come definiti ai sensi dell'articolo 100 del TUF;

- siano negoziate su sistemi di scambi organizzati con il consenso dell'emittente o del socio di controllo;

- siano emesse da banche e siano acquistate o sottoscritte presso le loro sedi o dipendenze.

3. Non si considerano emittenti diffusi quegli emittenti le cui azioni sono soggette a limiti legali alla circolazione riguardanti anche l'esercizio dei diritti aventi contenuto patrimoniale, ovvero il cui oggetto sociale prevede esclusivamente lo svolgimento di attività non lucrative di utilità sociale o volte al godimento da parte dei soci di un bene o di un servizio".

¹⁶⁹ L'inapplicabilità della nuova disciplina sull'arbitrato non incide sull'invalidità - pacificamente affermata da dottrina e giurisprudenza, per difetto di imparzialità - delle c.d. clausole probivirali, che attribuiscono cioè al collegio dei probiviri, nominato dall'assemblea, la cognizione delle controversie tra soci e società. Una tale clausola può produrre il limitato effetto di attribuire ai probiviri funzioni di riesame e controllo, senza precludere il ricorso all'autorità giudiziaria: cfr. per tutti CAVANNA, *Delle società cooperative*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario diretto da Bonfante, Cottino, Cagnasso e Montalenti, Bologna 2004, p. 2451; CARRABBA, *Atto costitutivo, autonomia contrattuale e aspetti mutualistici nel tipo societario cooperativo*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1080; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1999, p. 334 ss.; Cass. 5 dicembre 2002 n. 17245, in *Vita not.*, 2003, p. 902, ed in *Società*, 2003, p. 701; Cass. 15 gennaio 1999 n. 384, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2661; Cass. S.U. 7 dicembre 1999 n. 868, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Edilizia popolare*, n. 140; Trib. Bergamo 6 agosto 1999, in *Società*, 1999, p. 1245, con nota di VETTURI; Cass. 12 agosto 1997 n. 7529, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 90; Cass. 27 maggio 1995 n. 5912, in *Società*, 1996, p. 30, con nota di STESURI; Trib. Milano 18 marzo 1993, in *Società*, 1993, p. 1363, con nota di ROVELLI, *Controversie di esclusione del socio: competenza del collegio dei probiviri*; Trib. Milano 29 ottobre 1994, in *Società*, 1985, p. 288; Trib. Sulmona 25 febbraio 1993, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 117; Cass. 21 marzo 1991 n. 3062, in *Società*, 1991, p. 1040; Cass. 13 giugno 1990 n. 5767, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Cooperativa*, n. 59; App. Milano 12 aprile 1988, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 66; Cass. 15 novembre 1984 n. 5773, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2970.

¹⁷⁰ Per tale conclusione anche con riferimento alle cooperative quotate, DABORMIDA, *Le società cooperative e la riforma Draghi*, in *Società*, 1999, p. 16.

Lo statuto della banca popolare può prevedere richiedere il preventivo deposito delle azioni ai fini dell'assemblea, fissando il termine per il deposito stesso: in tal caso, trattandosi di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, il suddetto termine non può essere superiore a due giorni, e - trattandosi di

previste dalla legge (art. 2532, comma 1, c.c., che prevale sulla previsione dell'art. 2437, comma 4, c.c.)¹⁷¹.

Le banche popolari possono essere inoltre - ricorrendone i presupposti - *quotate nei mercati regolamentati*. Ciò comporta l'applicabilità delle disposizioni del testo unico sull'intermediazione finanziaria (d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, in breve t.u.f.)¹⁷². Se è ormai pacifico che la disciplina del t.u.f. prevale sulle disposizioni codicistiche di diritto

azioni dematerializzate - ha ad oggetto la comunicazione dell'intermediario che tiene i relativi conti (art. 2370, comma 2, c.c.).

¹⁷¹ Come è stato esattamente osservato, il recesso svolge, nelle società cooperative, una funzione in parte diversa da quella esplicata nelle società lucrative, in quanto "è molto più probabile che il socio abbia bisogno della società cooperativa piuttosto che la cooperativa abbia bisogno dei capitali e dell'apporto economico del socio" (ZOPPINI, *Le società cooperative disciplinate mediante il richiamo alle regole della società per azioni*, in *Riv. coop.*, 2004, 3, p. 22). Tale constatazione, unitamente alla minore rilevanza del capitale sociale nelle società cooperative a garanzia dei terzi, induce a ritenere prevalente - in conformità, del resto, alla previsione dell'art. 2519, comma 1, c.c. - la previsione dell'art. 2532, comma 1, su quella dell'art. 2437, comma 4, c.c., al fine di ritenere quest'ultima disposizione derogabile dall'autonomia statutaria.

Occorre peraltro tener conto delle Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con Comunicato in data 29 marzo 2004 (in G.U. n. 74 del 29 marzo 2004), riferite all'art. 2437 c.c., che appare utile riportare integralmente: "Al riguardo, si rileva che per il settore bancario l'applicazione di tale norma, che risponde all'esigenza di tutelare gli azionisti di minoranza della società, va temperata con la necessità di salvaguardare gli interessi dei creditori delle banche e, in particolare, dei depositanti. L'ampliamento delle facoltà di recesso dei soci può, infatti, porsi in contrasto con la sana e prudente gestione, ove ne possano derivare effetti di rilievo sull'entità del patrimonio e incertezze sugli assetti proprietari. Ne consegue che le banche dovranno attentamente valutare ogni modifica statutaria da cui possa discendere un ampliamento delle facoltà di recesso dei soci per effetto dell'applicazione di previsioni inderogabili del nuovo codice civile. Con riferimento alle disposizioni derogabili della disciplina civilistica che introducono nuove cause di recesso, si ritiene opportuno che le banche integrino gli statuti con clausole volte a escludere espressamente l'applicabilità delle cause di recesso in questione ... Si precisa, infine, che eventuali clausole volte a introdurre nello statuto ipotesi di recesso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge saranno riguardate secondo criteri estremamente restrittivi, alla luce dei possibili effetti sulla stabilità e sulla sana e prudente gestione".

¹⁷² Per l'applicabilità alle società cooperative quotate, e quindi alle banche popolari, dell'intera disciplina del capo II del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, con alcune eccezioni (in particolare, deleghe di voto giusta l'espressa previsione dell'art. 135 t.u.f.; norme in tema di partecipazioni reciproche e di comunicazione delle partecipazioni rilevanti), MONTALENTI, *La società quotata*, Padova 2004, p. 55; CAMPOBASSO, *Commento all'art. 119*, in *Testo unico della finanza*, commentario diretto da Campobasso, II, Torino 2002, p. 973; PALMIERI, *Commento all'art. 137*, *ibidem*, p. 1126 ss.; NOTARI, *Commento all'art. 119*, in *La disciplina delle società quotate*, commentario a cura di Marchetti e Bianchi, I, Milano 1999, p. 767; GHEZZI, *Commento all'art. 137*, in *La disciplina delle società quotate*, II, cit. p. 1284; DABORMIDA, *Le società cooperative e la riforma Draghi*, in *Società*, 1999, p. 14 ss.; MARASA', *Commento all'art. 135*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, II, Padova 1998, p. 1233 ss.; GATTI, *Commento all'art. 137*, *ibidem*, p. 1253 ss.

Per l'impossibilità, per le banche popolari, di emettere azioni di risparmio, MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 55; CAMPOBASSO, *Commento all'art. 119*, cit., p. 973. In senso contrario, per la possibilità delle cooperative quotate di emettere tali azioni, NOTARI, *Commento all'art. 119*, cit., p. 768; ID., *Commento all'art. 145*, *ibidem*, p. 1539 ss.

In ordine al riferimento, nell'art. 135 t.u.f., al "numero complessivo dei soci", anziché al numero dei "voti spettanti ai soci", taluno ha ritenuto che dalla norma discenda la necessità di computare anche i soci iscritti nel libro soci da meno di novanta giorni (SANTAGATA, *Commento all'art. 135*, in *Testo unico della finanza*, commentario diretto da Campobasso, II, Torino 2002, p. 1112); altri ha invece ritenuto che tali soci privi di diritto di voto non vadano computati (DI CECCO, in *Intermediari finanziari, mercati e società quotate*, a cura di Patroni Griffi, Sandulli e Santoro, Torino 1999, p. 1217); altri ancora distingue - con impostazione probabilmente più corretta - a seconda che le maggioranze siano richieste ai fini del diritto di voto o ad altri fini, ad esempio, impugnazione delle deliberazioni o diritti della minoranza (NOTARI, *Commento all'art. 135*, in *La disciplina delle società quotate*, cit., p. 1234 ss.).

comune in tema di società per azioni, ivi comprese quelle relative alle c.d. società aperte¹⁷³, non è, in apparenza, altrettanto chiaro *se le norme dettate dal t.u.f. prevalgano su quelle codicistiche in tema di cooperative*. Per la prevalenza del testo unico del 1998 depone la stessa lettera dell'art. 119 t.u.f., che dichiara applicabili le norme del capo II "alle società italiane con azioni quotate in mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione Europea (società con azioni quotate)", senza distinguere a seconda del tipo sociale¹⁷⁴; nonché la specialità della disciplina del t.u.f. rispetto a quella codicistica¹⁷⁵. Il che non esclude, peraltro, il *giudizio di compatibilità* rispetto alle caratteristiche proprie del tipo cooperativo; giudizio che può, a sua volta, determinare la disapplicazione di aspetti particolari dello statuto delle società quotate alla cooperativa (e quindi alla banca popolare)¹⁷⁶. Giudizio di *compatibilità* da effettuarsi, a maggior ragione, con riferimento alle *norme dettate dal codice civile in relazione alle società per azioni quotate*.

Tra le conseguenze dello *status* di "società quotata" possono annoverarsi (oltre all'applicabilità della disciplina sulle "società aperte"), in via esemplificativa e senza pretesa di completezza¹⁷⁷:

- la speciale disciplina in tema di ammissione ordinaria dei nuovi soci, *ex art. 2528 c.c.*, quale risultante dal Regolamento per l'ammissione alla quotazione¹⁷⁸;

- la disciplina in tema di convocazione dell'assemblea (d.m. 5 novembre 1998 n. 437)¹⁷⁹;

¹⁷³ MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 56 ss.

¹⁷⁴ Per tale osservazione, NOTARI, *Commento all'art. 119*, cit., p. 766.

¹⁷⁵ MARASA', *Commento all'art. 135*, cit., p. 1236 ss.

¹⁷⁶ NOTARI, *Commento all'art. 119*, cit., p. 767.

¹⁷⁷ Numerose norme relative alle società quotate, contenute nel capo II del d. lgs. n. 58/1998, sono state abrogate dall'art. 9 del d. lgs. 6 febbraio 2004 n. 37. Di conseguenza si applicano ora le norme codicistiche per la disciplina della convocazione su richiesta della minoranza; delle assemblee straordinarie; dell'azione sociale di responsabilità; del recesso in caso di fusione o scissione.

¹⁷⁸ Ai sensi dell'art. 2.2.1, comma 7, del Regolamento dei mercati organizzati e gestiti da Borsa Italiana S.p.A. (deliberato dall'assemblea di Borsa Italiana S.p.A. del 23 settembre 2004, ed approvato con deliberazione Consob 12 ottobre 2004 n. 14735), le azioni delle banche popolari possono essere ammesse alla quotazione nei mercati regolamentati "a condizione che nello statuto dell'emittente: - sia previsto che le emissioni ordinarie di nuove azioni, deliberate dal consiglio di amministrazione ed effettuate sulla base del prezzo fissato dallo stesso consiglio, siano riservate all'ingresso di nuovi soci e si realizzino con l'*assegnazione di una sola azione*; - il periodo minimo di iscrizione richiesto per il riconoscimento del diritto di voto nelle assemblee non sia superiore a tre mesi". Nello stesso senso, in relazione all'emissione ordinaria di nuove azioni, l'art. 2A.2.1, comma 8, del medesimo Regolamento.

¹⁷⁹ A norma dell'art. 1 del d.m. n. 437/1998, il termine per la convocazione dell'assemblea di società quotata, previsto dall'art. 2366, comma 2, c.c., è aumentato a trenta giorni; mentre è stabilito in venti giorni per la convocazione su richiesta dei soci.

L'avviso di convocazione, anche nelle società quotate, può essere pubblicato alternativamente sulla Gazzetta Ufficiale o su un quotidiano, a norma dell'art. 2366, comma 2, c.c.: MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 166.

Nelle Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con Comunicato in data 29 marzo 2004 (in G.U. n. 74 del 29 marzo 2004), si precisa che le banche potranno avvalersi della possibilità di prorogare la

- la disciplina del voto per corrispondenza (art. 127 t.u.f., e Regolamento Consob del 14 maggio 1999 n. 11971, artt. da 139 a 143) ¹⁸⁰;
- il diritto di informazione dei soci in relazione alle assemblee convocate (art. 130 t.u.f.) ¹⁸¹;
- la particolare disciplina dell'acquisto di azioni proprie, al fine di garantire la parità di trattamento tra i soci (art. 132 t.u.f.) ¹⁸²;
- la speciale disciplina sui controlli, prevista dagli artt. 148 ss. t.u.f. ¹⁸³;
- la particolare disciplina della revisione contabile, affidata ad una società di revisione iscritta nell'albo speciale tenuto dalla Consob (artt. 155 ss. t.u.f.) ¹⁸⁴;
- l'obbligo degli amministratori di trasmettere al collegio sindacale, entro tre mesi dalla fine del primo semestre dell'esercizio, una relazione sull'andamento della gestione, da pubblicarsi nei modi prescritti dal regolamento Consob (art. 2428, comma 3, c.c.); e l'obbligo degli stessi amministratori di riferire trimestralmente al collegio sindacale sulle

convocazione dell'assemblea ordinaria annuale fino a centottanta giorni dalla chiusura dell'esercizio sociale "soltanto qualora sussistano particolari motivazioni legate al consolidamento dei conti di gruppi bancari di elevate dimensioni". Nelle medesime Istruzioni si sollecitano le banche ad introdurre nello statuto una clausola che, tenendo conto dell'art. 2370 del codice civile, ed al fine di assicurare che lo svolgimento delle adunanze assembleari avvenga in modo efficiente ed ordinato, disciplini gli adempimenti richiesti ai soci per l'intervento in assemblea.

¹⁸⁰ Si discute sull'applicabilità, alle cooperative quotate, della regolamentazione del t.u.f. in tema di voto per corrispondenza (in luogo dell'art. 2538, ultimo comma, c.c.): in senso affermativo, SANTAGATA, *Commento all'art. 135*, cit., p. 1114; NOTARI, *Commento all'art. 119*, cit., p. 768; TROISE, in *Il testo unico della intermediazione finanziaria*, a cura di Rabitti Bedogni, Milano 1998, p. 737; BONFANTE, *Delle imprese cooperative*, cit, p. 572, nota 7. In senso contrario, e quindi per la prevalenza della disciplina cooperativistica, DABORMIDA, *Le società cooperative e la riforma Draghi*, cit., p. 16; DE ANGELIS, *Gli statuti delle società cooperative - L'intervento del socio nelle assemblee delle società cooperative*, in *Società*, 2000, p. 814.

¹⁸¹ Ai sensi dell'art. 3 del d.m. n. 437/1998, fermi gli obblighi di pubblicità previsti da disposizioni di legge o di regolamento, gli amministratori delle società quotate mettono a disposizione del pubblico presso la sede sociale e presso la società di gestione del mercato di quotazione, almeno quindici giorni prima di quello fissato per l'assemblea, una relazione sulle proposte concernenti le materie poste all'ordine del giorno.

¹⁸² Per l'applicabilità alle cooperative quotate dell'art. 132 t.u.f., NOTARI, *Commento all'art. 119*, cit., p. 768.

¹⁸³ Ai sensi dell'art. 148, comma 2, del d. lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, le società cooperative quotate in mercati regolamentati - e quindi le banche popolari - sono tenute ad adottare clausole statutarie che garantiscano che almeno un membro effettivo del collegio sindacale sia scelto dalla minoranza (se il collegio è formato da più di tre membri, il numero dei membri effettivi eletti dalla minoranza non può essere inferiore a due): GIUBILEI, *Commento all'art. 29*, cit., p. 236 ss.; Cons. Stato 10 aprile 2002 n. 1964, in *Società*, 2002, p. 1161, con nota di COLAVOLPE, *Applicabilità dell'art. 148.2 tuf sulla nomina dei sindaci a cooperative con azioni quotate*; ed in *Vita not.*, 2002, p. 907; TAR Lazio 18 maggio 2001 n. 4191, in *Foro it.*, 2001, III, c. 434; PAGNONI, *Applicabilità dell'art. 148 tuf sulla nomina dei sindaci di minoranza anche alle cooperative quotate*, in *Società*, 2002, p. 85.

¹⁸⁴ Sulla relativa disciplina cfr. di recente MONTALENTI, *La società quotata*, cit., p. 285 ss.; SPITALERI, *Revisione contabile*, in *La riforma del mercato finanziario e le nuove regole di "governo" societario*, a cura di Belli e Salerno, Milano 2002, p. 635 ss.

operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società, o da società controllate (art. 150, comma 1, t.u.f.);

- la radicale inapplicabilità della disciplina sulle assemblee separate (art. 2540, ultimo comma, c.c.);

- il divieto di redigere il bilancio in forma abbreviata (art. 2435-*bis* c.c.);

- la determinazione del valore delle azioni del socio receduto sulla base della media aritmetica dei prezzi del semestre precedente (art. 2437-*ter*, comma 3, c.c.)¹⁸⁵;

- il collocamento delle azioni del socio receduto (art. 2437-*quater*, comma 4, c.c.);

- la spettanza del diritto di recesso in caso di esclusione dalla quotazione (art. 2437-*quinquies* c.c.);

- la non spettanza del diritto di recesso in caso di inizio o cessazione di attività di direzione o coordinamento (art. 2497-*quater*, lett. c), c.c.);

- la speciale disciplina riservata alle società quotate in relazione al diritto di opzione (art. 2441, commi 2, 3, 4 e 6 c.c.);

- la competenza della società di revisione per la relazione degli esperti in caso di fusione (art. 2501-*sexies*, comma 3, c.c.).

Presenta accentuate peculiarità, infine, la *disciplina in tema di vigilanza sulle banche popolari*. Per queste ultime, come per le banche di credito cooperativo, in conseguenza dell'assoggettamento alla vigilanza della Banca d'Italia, l'art. 28, comma 2, del t.u.b. dispone che non si applicano i controlli sulle società cooperative attribuiti all'autorità governativa dal codice civile, e l'art. 150-*bis*, comma 1, del t.u.b., esclude espressamente l'applicabilità degli artt. 2545-*quinquiesdecies* e seguenti del codice civile. Anche per le banche popolari valgono peraltro le prescrizioni dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 220/2002, a norma del quale la vigilanza - affidata alla competenza del *Ministero delle attività produttive* - è finalizzata all'*accertamento dei requisiti mutualistici*, e tale accertamento è riservato, in via amministrativa, al Ministero suddetto *anche in occasione*

¹⁸⁵ La previsione dell'art. 2437-*ter*, comma 3, c.c. deve ritenersi applicabile nell'ipotesi in cui lo statuto della banca popolare quotata nulla disponga in ordine ai criteri di determinazione del valore delle azioni del socio receduto. Peraltro, alle banche popolari si applica anche - in quanto non escluso dall'art. 150-*bis* t.u.b., l'art. 2535 c.c., che rimette all'autonomia statutaria la determinazione dei criteri di liquidazione delle partecipazioni sociali; il che pone il problema di individuare, tra le due disposizioni, quella prevalente. Da rilevare che il d. lgs. n. 310/2004 non riporta più la norma - già contenuta nella bozza predisposta dalla Commissione Vietti, e precisamente al comma 3 dell'art. 150-*bis* t.u.b. - secondo la quale alle banche cooperative con azioni quotate nei mercati regolamentati, in caso di rimborso delle azioni al socio uscente, avrebbe dovuto applicarsi l'art. 2437-*ter*, terzo comma, c.c.

di interventi ispettivi di altre amministrazioni pubbliche. Per le banche popolari non vi è, però, una disposizione di tenore analogo a quella contenuta nell'art. 18 del d. lgs. n. 220/2002 in relazione alle banche di credito cooperativo, il che fa ritenere che *le banche popolari non siano assoggettate alle revisioni cooperative*, salvo il possibile intervento degli organi del Ministero delle attività produttive "in occasione di interventi ispettivi di altre amministrazioni pubbliche", laddove sia necessario accertare i requisiti mutualistici

186

9. Gli adeguamenti statutari e la disciplina transitoria.

A norma dell'art. 223-*terdecies* disp. att. c.c., come modificato dall'art. 37 del d. lgs. n. 310/2004, "alle banche popolari e alle banche di credito cooperativo si applica l'articolo 223-*duodecies*". Ciò significa che l'intera disciplina transitoria relativa agli adeguamenti statutari delle cooperative, come in precedenza illustrata ¹⁸⁷, trova applicazione anche alle banche cooperative, e ad essa - in particolar modo alla disciplina della terza convocazione ed ai relativi *quorum* agevolati - può farsi in questa sede generico riferimento (non ravvisandosi motivi di incompatibilità nella disciplina speciale).

Il termine per gli adeguamenti statutari delle banche cooperative "alle nuove disposizioni inderogabili del codice civile" è stato tuttavia prorogato al *30 giugno 2005* dal medesimo art. 223-*terdecies* disp. att. La disposizione non proroga espressamente il termine - previsto all'ultimo comma dell'art. 223-*duodecies* - per l'adeguamento alle nuove disposizioni in tema di mutualità prevalente (ovviamente, per le banche di credito cooperativo), ma si tratta in realtà di un falso problema. Infatti le norme sulla mutualità prevalente - ed in particolare la previsione dell'art. 2514 c.c. - devono essere obbligatoriamente inserite negli statuti delle banche di credito cooperativo (art. 150-*bis*, comma 4, t.u.b.), e quindi tali clausole rientrano tra le "nuove disposizioni inderogabili

¹⁸⁶ In senso analogo, PAOLUCCI, *Le società cooperative dopo la riforma*, Milano 2004, p. 160 ss. (secondo il quale, a seguito del d. lgs. n. 220/2002, tutte le cooperative di credito sono soggette ai controlli della Banca d'Italia limitatamente ad "ispezioni di tipo meramente tecnico", in relazione alle competenze spettanti ai sensi del t.u.b., mentre compete esclusivamente al Ministero delle Attività Produttive pronunciarsi sulla natura mutualistica di tali banche). In verità non è affatto chiaro in che misura possa esplicarsi la vigilanza "mutualistica" sulle banche popolari, stante l'inapplicabilità ad esse - *arg. a contrario* ex art. 18 d. lgs. n. 220/2002 - delle revisioni cooperative.

¹⁸⁷ PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, Studio n. 5306/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del Notariato, paragrafo 9; MALTONI, *Profili applicativi dell'art. 223-duodecies*, Studio n. 5485/I della Commissione studi d'impresa, cit..

del codice civile", cui fa riferimento l'art. 223-*terdecies* disp. att. (a nulla rilevando che la "fonte dell'inderogabilità" sia, nel caso specifico, una norma del testo unico bancario).

Inoltre, l'art. 150-*bis*, comma 7, t.u.b., fissa al 30 giugno 2005 il termine per l'adeguamento degli statuti delle banche di credito cooperativo alle nuove disposizioni del comma 2-*bis* dell'articolo 52 (che, come già evidenziato, consente alle suddette banche di affidare il controllo contabile al collegio sindacale).

Da segnalare, infine, che in conformità alle Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia ¹⁸⁸, "*tutte le modifiche statutarie di tipo facoltativo connesse al nuovo diritto societario dovranno essere sottoposte alla Banca d'Italia ai fini del provvedimento di accertamento di cui all'art. 56 del TUB secondo la procedura ordinaria prevista dalle istruzioni di vigilanza (titolo III, capitolo 1, sez. II). In particolare, le modifiche diverse da quelle sopra indicate (adeguamento a disposizioni inderogabili: n.d.a.), in relazione al loro carattere innovativo, dovranno formare oggetto, indipendentemente dalla materia cui attengono, di una specifica informativa preventiva da rendere con congruo anticipo rispetto alla delibera consiliare di convocazione dell'assemblea per l'approvazione della modifica statutaria stessa*". Informazione preventiva che di fatto - considerata la richiesta di un "congruo anticipo", e la necessità di una deliberazione del consiglio di amministrazione di convocazione dell'assemblea, successiva all'esito della verifica preventiva della Banca d'Italia, abbrevia notevolmente il termine a disposizione per gli adeguamenti statutari.

10. L'albo delle società cooperative.

L'art. 37 del d. lgs. n. 310/2004 dispone che "le banche cooperative provvedono all'iscrizione presso l'Albo delle società cooperative" entro il termine del 30 giugno 2005. La disposizione, nel fare generico riferimento alle "banche cooperative" ¹⁸⁹, risolve espressamente in senso affermativo il dubbio - che si era posto sotto la legislazione previgente - in ordine all'iscrizione nello schedario generale della cooperazione delle banche popolari ¹⁹⁰, non essendo invece dubbia l'iscrizione delle banche di credito cooperativo.

¹⁸⁸ Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia con Comunicato in data 29 marzo 2004 (in G.U. n. 74 del 29 marzo 2004).

¹⁸⁹ La dizione "banche cooperative" - come si evince chiaramente dall'intestazione del capo V del d. lgs. n. 385/1993 - si riferisce sia alle banche popolari che alle banche di credito cooperativo.

¹⁹⁰ In senso favorevole all'iscrivibilità delle banche popolari nello schedario generale della cooperazione, cfr. SANTORO, *Accesso delle banche popolari alle agevolazioni previste per le società cooperative*, in

L'iscrizione nell'albo delle cooperative ha, come è noto, sia *funzione anagrafica* (finalizzata al censimento degli enti cooperativi, al fine precipuo di sottoporre a vigilanza gli enti stessi), sia, in stretta correlazione con l'assoggettamento a vigilanza, la funzione di limitare agli enti censiti e vigilati il godimento delle *agevolazioni fiscali e di altra natura*. *Nulla quaestio* per ciò che riguarda le banche di credito cooperativo, che come è noto fruiscono, al pari delle altre cooperative a mutualità prevalente, delle agevolazioni fiscali. Meno ovvia la conclusione per le banche popolari, che notoriamente sono escluse da agevolazioni fiscali, e non sono neanche sottoposte alle revisioni cooperative, come sopra evidenziato; esse non possono neanche - come sopra dimostrato - usufruire dei benefici ed agevolazioni di carattere non tributario, posto che diversamente verrebbe a crearsi una incostituzionale disparità di trattamento con le altre cooperative a mutualità non prevalente, soggette agli obblighi di contribuzione e devoluzione a favore dei fondi mutualistici. Sembra quindi che *per le banche popolari l'iscrizione nell'albo delle cooperative - ora testualmente prevista dalla legge - abbia esclusivamente finalità anagrafiche* (anche in considerazione del fatto che le stesse banche popolari non sono del tutto sottratte alla vigilanza cooperativa, a norma dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. n. 220/2002; ed appare quindi indispensabile assicurare un censimento delle banche stesse, ai suddetti fini).

In quanto cooperative, *alle banche popolari si applicano le disposizioni del codice civile, e della relativa normativa attuativa, che all'albo delle cooperative fanno riferimento*, fatta ovviamente eccezione per quelle disposizioni che si riferiscono alle sole cooperative a mutualità prevalente. Così, se non è certamente riferibile alle banche cooperative l'art. 2515, ultimo comma, c.c. (che impone l'obbligo di indicare il numero di iscrizione all'albo delle cooperative a mutualità prevalente), come pure - stavolta per espressa previsione di inapplicabilità *ex art. 150-bis*, comma 2, t.u.b. - l'art. 2512, ultimo comma, c.c. (che impone alle cooperative a mutualità prevalente l'obbligo di iscriversi nell'albo e di depositarvi annualmente i bilanci), trovano invece applicazione sia l'art. 15 del d. lgs. n. 220/2002 (che assoggetta all'iscrizione all'albo, "a fini anagrafici e della fruizione dei benefici fiscali o di altra natura", tutte le cooperative), sia l'art. 223-

Dir. banca e mercato finanziario, 1987, II, p. 146 ss., spec. p. 156 ss. (il quale evidenzia sia una diffusa prassi nel senso dell'iscrivibilità, sia l'espressa previsione in tal senso nella legislazione delle Regioni a statuto speciale); MONTANARI, *Cosa c'è di "cooperativo" nelle banche popolari del 2000?*, in *Corr. giur.*, 1986, p. 519; Cass. 2 novembre 1992 n. 11867, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 607. In senso contrario, GIACALONE, *Cosa c'è di "cooperativo" nelle banche popolari del 2000?*, in *Corr. giur.*, 1986, p. 519; Cass. 26 novembre 1985 n. 5887, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2844, ed in *Corr. giur.*, 1986, p. 519.

sexiesdecies, comma 1, ultima parte, c.c. (che prevede l'iscrizione all'albo anche delle cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente).

La regolamentazione attuativa dell'albo delle cooperative (dettata con il d.m. 23 giugno 2004, e con il successivo d.m. 2 dicembre 2004) non contempla espressamente le banche popolari tra le categorie "tipiche" di cooperative iscrivibili, ma ciò non costituisce ovviamente ostacolo all'iscrizione, stante la previsione in detti provvedimenti di una categoria residuale ("altre cooperative"). Il d.m. 23 giugno 2004 prevede, all'articolo 7, comma 3, *l'obbligo di indicazione del numero di iscrizione* all'albo anche per le cooperative diverse da quelle a mutualità prevalente; l'obbligo, pur sfornito di sanzione, si applica quindi anche alle banche popolari.

Quanto al termine per l'iscrizione, fissato al 30 giugno 2005, si evidenzia che dovrà essere assicurata, fino a tale data, l'operatività dei registri prefettizi e dello schedario generale della cooperazione, nel quale le banche cooperative sono attualmente iscritte ¹⁹¹.

11. Le trasformazioni e le fusioni eterogenee.

Il testo unico bancario dedica due norme - gli artt. 31 e 36 - alle trasformazioni e fusioni eterogenee, in cui siano coinvolte banche cooperative. Come è noto, la riforma societaria del 2003 ha profondamente innovato l'istituto della trasformazione eterogenea, ed è evidente l'impatto sistematico di una riforma di tale portata, anche per quanto concerne l'interpretazione di normative settoriali, qual è quella in esame, che regolano singole trasformazioni o fusioni. Occorre, pertanto, valutare in che misura la disciplina speciale risenta - nonostante il disposto dell'art. 2520, comma 1, c.c. - delle modifiche subite dalla disciplina generale.

Occorre, in primo luogo, precisare che il codice civile riformato ammette oggi espressamente, all'art. 2545-*decies*, la trasformazione della cooperativa a mutualità non prevalente in società lucrativa, o in consorzio. Tale previsione è da ricollegarsi alla disposizione dell'art. 14 della legge n. 127/1971, che vieta la trasformazione delle cooperative in società ordinarie, anche se deliberata all'unanimità: dal combinato disposto delle due norme si evince che - mentre la trasformazione è consentita, alle condizioni

¹⁹¹ Con Circ. Min. Interno 9 agosto 2004, prot. n. M/5501(68), sono state dettate disposizioni affinché *continuino ad operare, per centoottanta giorni dalla pubblicazione del d.m. 23 giugno 2004, i registri prefettizi*, e quindi sia assicurata la continuità dell'azione amministrativa in materia.

previste dalla legge, per le cooperative a mutualità non prevalente - la stessa è invece ancora vietata, in linea generale, per le cooperative "agevolate" ¹⁹². Le ragioni del divieto - e della speciale disciplina contenuta negli artt. 2545-*decies* e 2545-*undecies* c.c. - sono comunemente ravvisate nell'esigenza di impedire che la cooperativa, avendo fruito di benefici ed agevolazioni fiscali, possa appropriarsi, con la trasformazione, del patrimonio, acquisito con tali benefici, a fini lucrativi ¹⁹³. Per le cooperative a mutualità non prevalente, che in passato abbiano usufruito di benefici (e quindi abbiano accumulato riserve indivisibili), l'obiettivo è conseguito prevedendo, per la cooperativa che delibera la trasformazione, la devoluzione del patrimonio indivisibile a favore dei fondi mutualistici. Non è, invece, più ipotizzabile - alla luce dei principi generali della riforma, che ammettono largamente la trasformazione eterogenea (cfr. anche gli artt. 2500-*septies* e seguenti c.c.) - un'altra spiegazione che in passato veniva fornita del divieto di trasformazione, e cioè la disomogeneità causale tra i due tipi societari ¹⁹⁴.

Premesso quanto sopra, occorre però rilevare che l'art. 150-*bis*, comma 1, del t.u.b. esclude espressamente l'applicazione - per tutte le banche cooperative - dell'art. 2545-*decies* c.c., che come sopra detto ammette la trasformazione eterogenea delle cooperative a mutualità non prevalente, disciplinandone le maggioranze. Nel contempo, il successivo comma 5 dell'art. 150-*bis*, risolvendo una questione controversa in ordine alla necessità o meno di *devoluzione ai fondi mutualistici* nelle fusioni bancarie eterogenee ¹⁹⁵, dispone

¹⁹² PETRELLI, *Le cooperative nella riforma del diritto societario. Analisi di alcuni aspetti controversi*, cit., paragrafo 8.

¹⁹³ In giurisprudenza, cfr. Cass. 14 luglio 1997 n. 6349, in *Foro it.*, 1998, I, c. 558; in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 5, con nota di SERRA; ed in *Società*, 1998, p. 162, con nota di FABRIZIO; secondo detta sentenza, la ragione ispiratrice del divieto *ex art. 14* della legge n. 127/1971 è da ricercare nell'intento di prevenire possibili forme fraudolente di accesso ai benefici previsti per l'esercizio di attività mutualistiche da parte di chi, dopo averli conseguiti, voglia destinarli ad altra attività lucrativa. Cfr. anche Circ. Min. Fin. 30 ottobre 2000 n. 195/E.

¹⁹⁴ Cfr. per tutti MARASA', *Trasformazione e fusione eterogenea nel diritto comune e nella legge bancaria*, cit., p. 503 ss.

¹⁹⁵ Per l'esistenza dell'obbligo di devoluzione dell'intero patrimonio indivisibile ai fondi mutualistici, nelle fattispecie di fusione eterogenea disciplinate dall'art. 36 t.u.b., Trib. Lanciano 6 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 99, con nota di GENCO, *Fusione eterogenea di società cooperativa ed obbligo di devoluzione patrimoniale ai fondi mutualistici*; ed in *Società*, 2003, p. 91, con nota di BONFANTE, *Il tribunale di Lanciano, l'art. 17 l. n. 388/2000 e la riforma della legislazione cooperativa*.

In senso parzialmente diverso, anteriormente alla riforma societaria, SANTORO, *Commento all'art. 37*, cit., p. 570 ss. (il quale riteneva, prima della riforma, che un'esigenza di parità di trattamento con le altre cooperative, unitamente alle esigenze di stabilità del sistema bancario, imponessero di limitare la devoluzione ad una quota delle riserve indivisibili, pari all'accantonamento annuo del venti per cento); ID., *Devoluzione del patrimonio di banche cooperative e fondi mutualistici*, in *Riv. coop.*, 2001, 2, p. 106, ed in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2001, I, p. 280; MEO, *Perdita della mutualità e sorte dell'avviamento di banca di credito cooperativo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, I, p. 102 ss. (secondo il quale avrebbero dovuto essere esclusi dalla devoluzione gli elementi patrimoniali, come l'avviamento, valorizzati in una prospettiva di funzionamento e non di realizzo); PAOLUCCI, *Limiti posti dalle leggi speciali all'incorporazione di banca di credito cooperativo*, in *Società*, 2000, p. 1214 ss.

che "l'articolo 2545-*undecies*, primo e secondo comma, del codice civile si applica in tutti i casi di fusione previsti dall'articolo 36". Sembrerebbe, quindi, da una prima lettura delle suddette norme, che la trasformazione delle banche cooperative, anche se non agevolate, non sia ammessa, anche in considerazione del fatto che la devoluzione ai fondi mutualistici *ex art. 2545-undecies c.c.* sembra applicabile ai soli casi di fusione eterogenea di banche di credito cooperativo. Occorre, tuttavia, indagare più in profondità, per verificare se tale conclusione sia o meno corretta; ed a tal fine appare opportuno analizzare separatamente le disposizioni degli artt. 31 e 36 t.u.b.

Iniziamo con l'art. 36 t.u.b. La norma consente - "nell'interesse dei creditori e qualora sussistano esigenze di stabilità" - fusioni tra banche di credito cooperativo e banche di diversa natura ¹⁹⁶, da cui risultino banche popolari ¹⁹⁷, o banche in forma di società per azioni; tali fusioni sono deliberate con le maggioranze meno elevate previste dallo statuto per le modificazioni statutarie. Considerando che *le banche di credito cooperativo sono, per legge, necessariamente a mutualità prevalente* - quindi cooperative agevolate, per le quali non varrebbe comunque la possibilità di trasformazione *ex art. 2545-decies c.c.* - la disposizione si caratterizza come *eccezionale* rispetto al generale divieto contenuto nell'art. 14 della legge n. 127/1971: da cui la conclusione - perfettamente coerente con la disciplina di carattere generale - che, ammessa la fusione per espressa disposizione di legge solo nei ristretti limiti suindicati (riconducibili all'esistenza di una situazione di

Per una contestazione della legittimità costituzionale della devoluzione nei casi in esame, DE RUBERTIS, *Incorporazioni di banche di credito cooperativo e art. 17 della l. 23 dicembre 2000, n. 388: tutto da rifare o da disfare?*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2001, I, p. 561.

La questione si era posta anche nel corso dei lavori preparatori del d. lgs. n. 6/2003: nella seduta n. 126 della commissione finanze e tesoro del Senato in data 4 dicembre 2002, è stata respinta l'osservazione che le fusioni di banche di credito cooperativo, *ex art. 36 t.u.b.*, non avrebbero dovuto dar luogo a devoluzione ai fondi, in considerazione delle esigenze di "tutela degli interessi di tenuta del sistema creditizio", quantomeno per le fusioni deliberate anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 17 della legge n. 388/2000; ciò perché un intervento modificativo dell'art. 17 suddetto avrebbe assunto "il carattere di una misura di sanatoria che rischia di premiare coloro che hanno compiuto operazioni di fusione in violazione della legge".

¹⁹⁶ Per la ricomprensione, tra le "banche di diversa natura", anche delle banche popolari, APPIO, *Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo*, in *Riv. coop.*, 2001, 2, p. 96 ss.; DE GIOIA-CARABELLESE, *Fusione "eterogenea" di banche di credito cooperativo e opposizione dei creditori: una recente decisione "di merito"*, in *Mondo bancario*, 2000, p. 64 ss.; D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 625 ss. *Contra*, OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 668; BUTTARO, *Sulla "non diversa" natura delle casse rurali e delle banche popolari*, cit., p. 161 ss.

¹⁹⁷ Nel caso di incorporazione di banca di credito cooperativo in banca popolare, si pone il problema di determinare il rapporto di cambio, in modo tale che lo stesso non si traduca in una distribuzione di riserve indivisibili ai soci dell'incorporata. Fattispecie parzialmente diversa è quella decisa da Trib. Trento 2 marzo 2000, ed App. Trento 4 aprile 2000, entrambe in *Mondo bancario*, 2000, p. 45, con nota di ANTONUCCI, *Incorporazione di bcc e "semplificazione": il problema del rapporto di cambio*. Cfr. anche GENOVESE, *Fusione per incorporazione di banca di credito cooperativo in banca popolare*, in *Riv. not.*, 2000, p. 1489.

crisi della banca, anche se non ancora sfociata nell'insolvenza ¹⁹⁸), *non è ammissibile, neanche se deliberata all'unanimità, la trasformazione di banca di credito cooperativo in banca società per azioni* ¹⁹⁹. Ciò giustifica, evidentemente, la previsione dell'art. 150-bis, comma 1, t.u.b., che dichiara inapplicabile alle banche in oggetto l'art. 2545-*decies* c.c.; nonché la previsione del successivo comma 5, che richiama l'art. 2545-*undecies* unicamente in relazione alle fattispecie di fusione. Pertanto, *nel caso in cui la banca di credito cooperativo deliberi la fusione eterogenea, la stessa dovrà devolvere il proprio patrimonio indivisibile ai fondi mutualistici* ²⁰⁰. Non trova peraltro applicazione, ai sensi dell'art. 150-bis, comma 1, t.u.b., il terzo comma dell'art. 2545-*undecies* c.c., che subordina la possibilità di trasformazione (fusione, nel nostro caso) all'avvenuta revisione cooperativa nell'anno precedente, o in alternativa alla richiesta di revisione presentata da almeno novanta giorni: il legislatore ha probabilmente giudicato sufficiente il controllo demandato alla Banca d'Italia, anche in funzione della pozziorità degli interessi coinvolti (interessi dei creditori) nella fattispecie disciplinata dall'art. 36 t.u.b.

¹⁹⁸ APPIO, *Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo*, cit., p. 96; DE GIOIA-CARABELLESE, *Fusione "eterogenea" di banche di credito cooperativo e opposizione dei creditori: una recente decisione "di merito"*, cit., p. 66; PRESTI, *Ammissibilità di operazioni di trasformazione societaria delle Banche di Credito Cooperativo*, in *Coop. credito*, 2000, p. 494 (secondo il quale, peraltro, "le ragioni di stabilità possono ben essere presenti anche qualora la proiezione dell'operatività della banca denunci un deterioramento prospettivo della situazione non ancora coincidente con una vera e propria crisi"); D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 624; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 555; MAIMERI, *Le banche cooperative nel testo unico*, cit., p. 158; NAPOLETANO, *Banche di credito cooperativo*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi e Castaldi, I, Milano 1996, p. 545; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 192; SANTAGATA, *La nuova disciplina della fusione tra banche*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1995, I, p. 42; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 366.

¹⁹⁹ Per la medesima conclusione, anteriormente alla riforma del 2003, PELLEGRINI, *Commento agli artt. 35 e 36*, cit., p. 278 ss.; PRESTI, *Ammissibilità di operazioni di trasformazione societaria delle Banche di Credito Cooperativo*, cit., p. 491 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 549; CABRAS, *La specificità delle banche di credito cooperativo*, cit., p. 61 ss.; PATRONI GRIFFI, *Il testo unico: profili di diritto societario*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli 1995, p. 219; BUONOCORE, *Forma cooperativa e attività bancaria: due riforme a confronto*, in *Riv. giur. sarda*, 1994, p. 513; NAPOLETANO, *Banche di credito cooperativo*, cit., p. 544 ss. (ove il rilievo che l'ammissione delle fusioni, anziché delle trasformazioni, risponde ad "un dato dell'esperienza tecnica del settore bancario, nella quale le situazioni di instabilità delle banche di credito cooperativo sono normalmente sanabili mediante processi di aggregazione con banche popolari o con s.p.a. bancarie in grado di incorporarle"); PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 193; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 667.

Per l'opinione, invece, che ritiene ammissibile la fusione eterogenea (anche al di fuori della fattispecie di crisi, disciplinata dall'art. 36), nonché la trasformazione e la scissione di banca di credito cooperativo, pur con maggioranze non agevolate, SANTORO, *Commento all'art. 36*, cit., p. 553 ss., 561 ss., 563 ss.

²⁰⁰ Stante l'eccezionalità della previsione, contenuta nell'art. 36 t.u.b., la dottrina ha escluso la praticabilità di una scissione eterogenea di banca di credito cooperativo: APPIO, *Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo*, cit., p. 102 ss. E' stata ipotizzata, da parte di un autore, la legittimità della scissione eterogenea di banca di credito cooperativo, con assegnazione alla società lucrativa beneficiaria della parte divisibile del patrimonio (con esclusione quindi del patrimonio indivisibile, che rimane alla società scissa): SANTORO, *Commento all'art. 33*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio e Santoro, Bologna 2003, p. 559 ss.

Occorre, però, chiedersi se si possa desumere dall'art. 150-*bis*, comma 5, t.u.b., una regola più generale, e se sia quindi consentita qualsiasi *modifica statutaria della banca di credito cooperativo, che dia luogo ad una banca popolare*, pur con l'obbligo di devoluzione del patrimonio indivisibile della prima ai fondi mutualistici, a norma dell'art. 2545-*undecies* c.c.: occorre cioè verificare *se alla fattispecie della fusione possa essere equiparata quella della modifica dell'oggetto e delle clausole statutarie della banca di credito cooperativo, che in tal modo assuma la veste di banca popolare*. Si è già visto che la previsione dell'art. 36 t.u.b. è eccezionale, rispetto al divieto contenuto nell'art. 14 della legge n. 127/1971, ed è quindi insuscettibile di estensione analogica. E' vero che il passaggio da banca di credito cooperativo a banca popolare non concretizza neanche una trasformazione societaria, muovendosi sempre nell'ambito cooperativo (ciò significa che non trova applicazione, sul punto, il divieto di cui all'art. 14 della legge n. 127/1971)²⁰¹. Né sembra significativa, sul punto, la previsione dell'art. 17 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 - da cui trae origine la disciplina attuale - che dispone la devoluzione ai fondi mutualistici "nei casi di fusione e di trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente, in enti diversi dalle cooperative per le quali vigono le clausole di cui al citato articolo 26 (della legge Basevi, ora art. 2514 c.c.: n.d.a)". E' nota l'origine storica dell'art. 17 suddetto, che è stato emanato proprio in considerazione delle fattispecie di concentrazioni e trasformazioni bancarie (all'epoca era assolutamente vietata, per le cooperative "codicistiche", la trasformazione in società lucrative), ma solo "ove non vietati". Le norme a cui far riferimento sono oggi costituite dall'art. 150-*bis* t.u.b., comma 1 (che esclude l'applicabilità alle banche cooperative degli artt. 2514, comma 2, e 2545-*octies* c.c.), e comma 4 (che prevede l'indicazione necessaria delle clausole *ex* art. 2514, comma 1, c.c., negli statuti delle banche di credito cooperativo). Da tali disposizioni si desume che *non è consentito alle banche di credito cooperativo "liberarsi" dalla loro specifica veste mutualistica, neanche per assumere quella di cooperativa "non agevolata", se non nei casi eccezionali previsti dalla legge (per l'appunto, l'art. 36 t.u.b.). In definitiva, non è consentita - neanche con l'autorizzazione della Banca d'Italia - la mera*

²⁰¹ D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 626 (il quale evidenzia che "Il passaggio dall'uno all'altro tipo societario non costituisce una trasformazione in senso tecnico. Si tratta peraltro di modificazione statutaria che non incide soltanto sugli aspetti strutturali delle società interessate, ma anche sull'oggetto della società visti i diversi criteri che caratterizzano le facoltà operative di banche popolari e di banche di credito cooperativo e, soprattutto sulla causa, alla luce, per fare solo qualche esempio, delle differenti discipline sulla distribuzione di utili ai soci o sulle modalità degli impieghi"); GABRIELLI, *Sulla trasformazione da banca di credito cooperativo in banca popolare*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 836; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 554; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 193.

*modifica dell'oggetto sociale, o delle clausole statutarie della banca di credito cooperativo, al fine di assumere la veste di banca popolare*²⁰².

Occorre verificare, tuttavia, se il comma 5 dell'art. 150-bis non abbia un valore sistematico tale da trascendere la specifica problematica delle concentrazioni bancarie. Ad una superficiale lettura potrebbe sembrare che il legislatore - dichiarando tra l'altro, al comma 1 dell'art. 150-bis t.u.b., espressamente inapplicabile l'art. 2545-octies c.c. alle banche cooperative, e prevedendo al successivo comma 5 la devoluzione ai fondi mutualistici per il caso di fusione di banca di credito cooperativo in banca popolare - abbia implicitamente considerato la banca popolare alla stregua di un *tertium genus* di cooperativa, diversa dalle cooperative a mutualità prevalente ma non equiparabile *in toto* alle cooperative "diverse" disciplinate dal codice civile. Ma da una riflessione più attenta emerge che non è così, e che le banche popolari non hanno "natura diversa" da quelle delle altre cooperative non agevolate. La peculiare disciplina dell'art. 150-bis, comma 5, t.u.b., si giustifica in base a ragioni di ordine tecnico, ove si consideri che alle banche popolari non si applica la legge n. 59/1992, e che quindi le stesse non sono tenute a devolvere ai fondi mutualistici il patrimonio residuo a seguito dello scioglimento: in altri termini, una volta che abbia assunto la veste di banca popolare, la cooperativa non sarà più tenuta a devolvere alcunché ai fondi mutualistici, e pertanto la devoluzione deve avvenire "in entrata", senza che vi siano alternative. Ciò spiega anche perché nell'ordinario regime codicistico, laddove vi sia un semplice passaggio dalla qualifica di cooperativa agevolata a quella di cooperativa a mutualità non prevalente, l'art. 2545-octies non disponga - quantomeno secondo l'opinione prevalente - la devoluzione immediata del patrimonio indivisibile a favore dei fondi²⁰³: tale devoluzione, infatti, è comunque garantita, *ex lege*, all'atto del futuro scioglimento, essendo le cooperative ordinarie soggette alla legge n. 59/1992 ed all'obbligo di devoluzione, sancito dall'art. 11, comma 5, della medesima legge (oltre ad essere pienamente soggette alla vigilanza

²⁰² Nel medesimo senso, anteriormente alla riforma, MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 554 ss.; PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, cit., p. 193 ss. (ad avviso del quale la "diversa natura" ex art. 36 t.u.b. tra banca di credito cooperativo e banca popolare è "confermata dalla rispettiva appartenenza ed estraneità al movimento cooperativo; se l'obbligo di contribuzione ai fondi mutualistici ha valenza causale, non credo sia possibile - salvo il caso eccezionale della fusione eterogenea - una modifica statutaria suscettibile di sopprimerlo. D'altro canto, è chiaro che, ove si ammettesse il passaggio a popolare, nessun ostacolo potrebbe poi frapporsi a una trasformazione in s.p.a.; il che significherebbe ammettere, sia pur in via mediata, la trasformabilità da cassa in s.p.a.").

Chi escludeva la natura di trasformazione, in relazione al passaggio da banca di credito cooperativo in banca popolare, ne ammetteva invece la legittimità: GABRIELLI, *Sulla trasformazione da banca di credito cooperativo in banca popolare*, cit., p. 836 ss.

²⁰³ Sulla questione accennata nel testo, cfr. Cfr. PETRELLI, *I profili patrimoniali e finanziari nella riforma delle società cooperative*, Studio n. 5307/I della Commissione studi d'impresa del Consiglio nazionale del notariato, paragrafo 10, ed *ivi*, note 178 e 179.

cooperativa). In conclusione, *a parte il profilo della devoluzione ai fondi, ed i peculiari aspetti di disciplina contenuti nel t.u.b. - con le rilevanti implicazioni in termini di spettanza delle agevolazioni, sia tributarie che di tipo diverso, che a ciò conseguono - non vi è differenza di natura giuridica tra una banca popolare - cooperativa speciale ex art. 2520, comma 1, c.c. - ed una ordinaria cooperativa a mutualità non prevalente.*

Passiamo quindi all'esame dell'art. 31 t.u.b., che disciplina *la trasformazione di banche popolari in società per azioni, nonché la fusione a cui prendano parte banche popolari, e da cui risultino società per azioni*: tali operazioni sono ammesse subordinatamente all'autorizzazione della Banca d'Italia, da concedersi "nell'interesse dei creditori ovvero per esigenze di rafforzamento patrimoniale ovvero a fini di razionalizzazione del sistema" (comma 1), e sono deliberate con le maggioranze meno elevate previste dallo statuto per le modificazioni statutarie (comma 2). Vi è quindi un evidente *favor* del legislatore per queste particolari trasformazioni e fusioni, ritenute fisiologiche, e per di più - nel caso siano eseguite anche nell'interesse di terzi o nell'interesse generale - tali da giustificare maggioranze particolarmente agevolate ²⁰⁴; sembra pertanto condivisibile - a maggior ragione dopo la riforma - l'opinione dottrinale che, anteriormente alla riforma stessa, aveva ricollegato la previsione del primo comma dell'art. 31 a quella del secondo comma, ritenendo che *la trasformazione debba rientrare nella disciplina ordinaria, più restrittiva* (in special modo, per ciò che concerne i *quorum* con cui deliberare l'operazione) *allorché non ricorrano le esigenze indicate al primo comma; e che rientri invece nella disciplina agevolata ex art. 31 ove ricorrano le particolari esigenze ivi indicate*, da vagliarsi da parte della Banca d'Italia ²⁰⁵.

Deve quindi ritenersi *consentita la trasformazione, o fusione eterogenea di banca popolare, anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 31*. Non sembrano ostare a tali operazioni ragioni di carattere societario, visto che la disciplina codicistica ormai ammette senza limiti le trasformazioni eterogenee, e devono quindi ritenersi superate le obiezioni di stampo "causalistico" che, nel regime previgente, venivano avanzate circa la

²⁰⁴ In giurisprudenza si è ritenuto che le maggioranze agevolate ex art. 31 t.u.b. si applichino anche all'aumento di capitale deliberato contestualmente alla trasformazione o fusione ivi prevista: App. Firenze 4 marzo 1997, in riforma di Trib. Pisa 8 gennaio 1997, entrambe in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 382, con nota di BOSCO, *Trasformazione di banca popolare in società per azioni e contestuale deliberazione di aumento di capitale*. Per una critica, cfr. DE LILLO, *Commento all'art. 31*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 253 ss.

Per l'applicabilità delle maggioranze agevolate ex art. 31 t.u.b. anche alle banche popolari quotate, cfr. DE LILLO, *op. ult. cit.*, p. 254.

²⁰⁵ PIPITONE, *Scopo mutualistico e forma cooperativa delle banche popolari*, cit., p. 149 ss.; SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1996, I, p. 318 ss.

legittimità delle operazioni non rientranti nell'art. 31 ²⁰⁶; considerando inoltre che le banche popolari non sono, per definizione, cooperative agevolate, e ad esse non può quindi applicarsi il divieto *ex art. 14* della legge n. 127/1971 ²⁰⁷. Può semmai ritenersi che *la trasformazione - nei casi non previsti dall'art. 31 - debba essere deliberata con le maggioranze previste dal codice civile o con le eventuali maggioranze rafforzate previste dallo statuto*, ma senza altre limitazioni. Né sembrano ostare alla trasformazione in esame ragioni di carattere bancario, considerato che la forma "società per azioni" è favorita dal legislatore del testo unico bancario, come quella che offre maggiori garanzie di stabilità e di "sana e prudente gestione".

Non può in conclusione sostenersi, per le banche popolari, che la previsione di inapplicabilità dell'art. 2545-*decies* c.c. sia dettata dall'esigenza di impedire le trasformazioni eterogenee. Sembra, piuttosto, che intenzione del legislatore sia stata quella di escludere, per la trasformazione delle banche popolari, l'applicazione dei *quorum* previsti dall'art. 2545-*decies*, particolarmente elevati rispetto a quelli altrimenti applicabili a norma degli artt. 2368 e 2369 c.c., o eventualmente a norma di statuto: anche qui, con l'evidente intento di favorire il passaggio alla forma della società per azioni, e stante anche la presenza di una disciplina apposita, per i *quorum*, nell'art. 31

²⁰⁶ Per l'inammissibilità di trasformazione e fusione di banca popolare in banca società per azioni, nel regime anteriore alla riforma del 2003, al di fuori dei casi disciplinati dall'art. 31 t.u.b., BASSI, *Commento all'art. 31*, cit., p. 497; MAIMERI, *Le Banche popolari: punti di contatto e di differenziazione con le banche di credito cooperativo*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 1993, I, p. 546 ss.; SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 345, 369 ss.

La Relazione all'art. 41 del d. lgs. n. 481/1992 (corrispondente all'attuale art. 31 t.u.b.) motivava la subordinazione delle operazioni in oggetto all'autorizzazione della Banca d'Italia affermando che la stessa "risponde all'esigenza di evitare che gruppi di soci dominanti possano arbitrariamente snaturare l'essenza cooperativistica della categoria". Motivazione, questa, che non può più essere accolta oggi, in un contesto in cui è ordinariamente consentita la trasformazione di società cooperativa in società lucrativa (art. 2545-*decies* c.c.), e nel quale alle limitazioni *ex art. 31* non possono riconoscersi finalità diverse da quelle indicate nel testo. Per una critica alla suddetta argomentazione, cfr. DE LILLO, *Commento all'art. 31*, cit., p. 251. Sulle problematiche di ordine "causale" sollevate anteriormente alla riforma del 2003 in relazione a trasformazioni e fusioni eterogenee, cfr. per tutti MARASA', *Trasformazione e fusione eterogenea nel diritto comune e nella legge bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1987, II, p. 503; OPPO, *Quesiti in tema di trasformazione e fusione eterogenea di banche popolari*, cit., p. 778 ss.

²⁰⁷ Tale argomento era utilizzato in passato - unitamente a quello formale dell'inapplicabilità alle banche popolari dell'art. 14 della legge n. 127/1971, in quanto "modificativa" della legge Basevi, a sua volta espressamente dichiarata inapplicabile alle banche popolari - per ammettere la legittimità della trasformazione o fusione di banche popolari in banche società per azioni: cfr. per tutti SANTORO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 511; BUONOCORE, *Forma cooperativa e attività bancaria: due riforme a confronto*, cit., p. 513; CABRAS, *Fusione per incorporazione di società per azioni in banca popolare*, in *Società*, 1993, p. 221; DABORMIDA, *Fusione tra banca popolare e cassa di risparmio*, in *Società*, 1988, p. 76 ss.; GAMBINO, *Sulla trasformabilità delle banche popolari in aziende di credito ordinarie*, cit., p. 1003 ss.

t.u.b.²⁰⁸. Ovviamente, questa ulteriore fattispecie di trasformazione, non disciplinata dall'art. 31 t.u.b., dovrà essere autorizzata dalla Banca d'Italia, a norma dell'art. 57 t.u.b.

Simile a quest'ultimo è il caso di "*trasformazione*" di banca popolare in banca di credito cooperativo. In tal caso, a rigore, non di vera trasformazione trattasi (in quanto entrambe le tipologie societarie rientrano nell'ambito della cooperazione), ma di semplice modifica statutaria, da ritenersi possibile in base alle regole generali, e ovviamente previa autorizzazione della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 57 t.u.b. (al fine di valutare la conformità della complessiva operazione alla "sana e prudente gestione").

In conclusione, rispetto alle banche popolari possono darsi i seguenti casi:

a) - ricorrenza delle particolari esigenze, nell'interesse dei creditori o nell'interesse generale, previste dall'art. 31, comma 1, t.u.b., e da vagliarsi dalla Banca d'Italia: in tal caso la trasformazione o fusione eterogenea che dia origine ad una società per azioni è consentita con le maggioranze meno elevate tra quelle previste dallo statuto per le modifiche statutarie²⁰⁹;

b) - non ricorrenza delle suddette particolari esigenze: in tal caso la trasformazione o fusione eterogenea, che dia luogo ad una società per azioni è deliberata con le maggioranze ordinarie, eventualmente rafforzate, previste dallo statuto, e in mancanza previste dagli artt. 2368 e 2369 c.c., e la Banca d'Italia interviene solo ai fini dell'autorizzazione prevista dall'art. 57 t.u.b.;

c) - modificazione statutaria "regressiva" con assunzione della forma di banca di credito cooperativo: in tale fattispecie, non qualificabile come "trasformazione", non avrebbe comunque trovato applicazione l'art. 2545-*decies* c.c.; si applica invece la normale procedura di modificazione statutaria, con autorizzazione della Banca d'Italia a norma dell'art. 57 t.u.b.

Vi è poi un altro problema. L'art. 150-*bis*, comma 1, t.u.b., non dichiara espressamente inapplicabile alle banche popolari l'art. 2545-*undecies*, commi 1 e 2, c.c., ed appare quindi dubbio se la banca popolare sia tenuta a *devolvere ai fondi mutualistici* tutto o parte del proprio patrimonio, all'atto della sua trasformazione o fusione eterogenea. La risposta a tale quesito richiede una riflessione di natura sistematica. In senso negativo sembrerebbe deporre il successivo comma 5 dell'art. 150-*bis*, che

²⁰⁸ Per tale ricostruzione, cfr. SANTORO, *Commento all'art. 33*, cit., p. 512 ss.

²⁰⁹ Sulla problematica dei *quorum* assembleari, per le deliberazioni indicate all'art. 31, nell'assemblea di terza convocazione delle banche popolari quotate, SALERNO, *La trasformazione di banche popolari in società per azioni e lo "spirito della forma cooperativa"*, cit., p. 372, nota 98.

apparentemente limita l'applicazione dell'art. 2545-*undecies* alle sole fusioni disciplinate dall'art. 36 t.u.b. (senza, quindi, richiamare l'art. 31 del medesimo t.u.b.). D'altra parte, le banche popolari sono, per definizione, cooperative non agevolate, per cui non ricorre l'esigenza che, nelle altre cooperative, ha condotto il legislatore a sottrarre, all'ente risultante dalla trasformazione, il patrimonio accumulato grazie alle agevolazioni; in considerazione anche del fatto che - come sopra evidenziato - una cooperativa agevolata che avesse in precedenza assunto la veste di banca popolare avrebbe dovuto contestualmente devolvere il proprio patrimonio indivisibile ai fondi mutualistici. Non si dà, quindi, alcuna possibilità che la banca popolare abbia un patrimonio costituito beneficiando di agevolazioni fiscali o di altra natura, e conseguentemente non sembra dubbio che, *in assenza di una diversa previsione statutaria, debba essere esclusa la devoluzione*, e quindi l'applicabilità alle banche popolari dei primi due commi dell'art. 2545-*undecies* c.c. Nel medesimo senso, del resto, depone sotto il profilo sistematico la previsione dell'art. 223-*quinqüesdecies*, comma 1, c.c., che esclude la devoluzione ai fondi mutualistici in caso di trasformazione di cooperative non agevolate.

*Quid iuris nel caso in cui la banca popolare inserisca nel proprio statuto la clausola di indivisibilità delle riserve, ex art. 2545-ter c.c.? Quest'ultima norma - la cui applicazione non è esclusa dall'art. 150-bis, comma 1, t.u.b. - deve ritenersi applicabile alle banche popolari, nella misura in cui contempla le riserve indivisibili di fonte statutaria. In tal caso, può ritenersi applicabile la disposizione dell'art. 223-*quinqüesdecies*, comma 2, disp. att. c.c., e quindi la devoluzione delle riserve indivisibili accantonate dal 1° gennaio 2004, in caso di trasformazione o fusione eterogenea? L'art. 2545-ter c.c., richiamato dall'art. 223-*quinqüesdecies* disp. att., è applicabile anche alle banche popolari, in quanto non richiamato dall'art. 150-bis, comma 1, t.u.b.; detto art. 2545-ter si riferisce infatti non solo alle riserve indivisibili di fonte legale, ma anche a quelle di fonte statutaria. Lo statuto può anche prevedere la devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici in caso di trasformazione o fusione eterogenea²¹⁰; ma ove ciò non avvenga, l'inapplicabilità dell'art. 2545-*undecies* c.c. fa sì che all'indivisibilità statutaria delle riserve non consegua la devoluzione ai fondi mutualistici: in altri termini, la previsione statutaria di indivisibilità delle riserve non necessariamente deve accoppiarsi con una previsione di devoluzione a favore dei fondi mutualistici, all'atto della trasformazione, fusione o scioglimento, essendo rimessa all'autonomia dei soci*

²¹⁰ Sulla possibilità di inserimento dell'obbligo di devoluzione ai fondi mutualistici nello statuto di banca popolare, cfr. OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, cit., p. 666.

l'individuazione di *altra possibile modalità "disinteressata" di devoluzione, o eterodestinazione*, del patrimonio stesso. La devoluzione ai fondi non è prevista, infatti, dalle disposizioni di legge concernenti le banche popolari (alle quali non si applicano, in particolare, gli artt. 2514 e 2545-*quater* c.c., nonché l'art. 11, comma 5, della legge n. 59/1992, che tale devoluzione prevedono); ed *in assenza di un obbligo legale di devoluzione, un eventuale obbligo statutario potrebbe sempre essere modificato dall'autonomia privata*, non essendo sufficiente, al fine di evitare ciò, l'applicabilità alle nostre banche della sola previsione dell'art. 2545-*ter* c.c.

In conclusione: *alle banche popolari non si applicano gli artt. 2514, 2545-ter, 2545-undecies c.c., e l'art. 223-quinquiesdecies, commi 2 e 3, disp. att. c.c.; sulla base delle norme di legge applicabili alle banche popolari, la trasformazione o fusione eterogenea delle stesse non comporta devoluzione dell'eventuale patrimonio indivisibile ai fondi mutualistici; l'eventuale clausola statutaria che ciò disponga non è idonea a creare un vincolo permanente di destinazione, a favore dei fondi suddetti, del patrimonio indivisibile, essendo rimessa all'autonomia dei soci l'individuazione delle eventuali modalità di eterodestinazione, nonché l'eventuale modifica di un'ipotetica clausola che contempli la devoluzione a favore dei fondi.*

Il testo unico bancario non disciplina la fattispecie della *trasformazione di società per azioni bancaria in banca popolare, o di fusione che dia luogo a quest'ultima*. Lungi dal legittimare una conclusione nel senso dell'illegittimità di tali operazioni, il silenzio del legislatore è spiegabile unicamente con il fatto che unica funzione dell'art. 31 t.u.b. è quella di favorire ed agevolare l'assunzione della forma di società per azioni, e quindi, laddove tale *favor* legislativo non ricorra, ritorna ad applicarsi la disciplina generale. Quest'ultima consente oggi, come è noto, la trasformazione eterogenea di società di capitali in società cooperativa (art. 2500-*septies* c.c.), e non vi sono ragioni per escludere l'applicabilità di tale norma anche al caso in esame, considerata anche l'attenuazione dello scopo mutualistico nelle banche popolari, rispetto alle cooperative ordinarie ²¹¹; e fatta

²¹¹ Per l'orientamento favorevole all'ammissibilità della trasformazione o fusione di banca società per azioni, che dia origine ad una banca popolare, D'AMARO, *Cooperative di credito*, cit., p. 622 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 557; SERRA, *Prospettive di incorporazione di una banca costituita in forma di società per azioni in una banca popolare*, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 8; PELLEGRINI, *Concentrazioni bancarie e disciplina delle banche popolari*, cit., p. 407 ss.; VERDICCHIO, *Sulla incorporabilità di banca s.p.a. in banca popolare alla luce della nuova legge bancaria*, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 624 ss.; SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, cit., p. 333 ss.; SANTAGATA, *La nuova disciplina della fusione tra banche*, cit., p. 28 ss.; CABRAS, *Fusione per incorporazione di società per azioni in banca popolare*, in *Società*, 1993, p. 220; Cass. 14 luglio 1997 n. 6349, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 5; App. Napoli 18 ottobre 1995, in *Banca, borsa*

salva comunque l'autorizzazione della Banca d'Italia ai sensi dell'art. 57 t.u.b. Non saranno, ovviamente applicabili a tale trasformazione o fusione le maggioranze agevolate previste dall'art. 31, comma 2, t.u.b. (che si giustificano nell'ipotesi inversa, per il *favor* del legislatore nei confronti della forma s.p.a.)²¹².

Neanche la fattispecie della *trasformazione di società bancaria per azioni, o di banca popolare, in banca di credito cooperativo*, è oggetto di specifica disciplina: si argomenta, tuttavia, dall'ammissibilità della trasformazione eterogenea da società di capitali in società cooperativa al fine di ritenere legittima anche la trasformazione in oggetto, subordinatamente all'autorizzazione *ex art. 57 t.u.b.*²¹³, e fermo il differimento dell'efficacia laddove si tratti di trasformazione eterogenea da società per azioni (mentre deve ritenersi che nulla osti all'efficacia immediata - *rectius* a decorrere dall'iscrizione nel registro delle imprese - della modifica dello statuto di banca popolare che dia origine ad una banca di credito cooperativo).

Parimenti, si è ritenuta ammissibile - fatti salvi i limiti risultanti dalla normativa bancaria, come sopra segnalati - la *fusione tra una società bancaria ed una società non bancaria* (anche sulla base dell'art. 57 t.u.b., ove si menzionano le fusioni alle quali "prendono parte" banche)²¹⁴.

Con l'importante precisazione, infine, che nella banca popolare, o nella banca di credito cooperativo, risultante dalla trasformazione (o dalla fusione), dovranno essere rispettate le previsioni legislative, riferite al tipo societario "di arrivo", in ordine ai limiti minimi e massimi delle partecipazioni sociali; come pure i requisiti statutarî dei soci *ex art. 2527, comma 1, c.c.*, in conformità allo scopo mutualistico. Il che peraltro - stanti i nuovi principi desumibili dalla riforma del 2003, che consentono la trasformazione a

e titoli di credito, 1996, II, p. 404; App. Milano 15 luglio 1994, in *Vita not.*, 1995, p. 876, ed in *Società*, 1995, p. 376; Trib. Benevento 3 novembre 1992, in *Riv. not.*, 1993, p. 464, ed in *Società*, 1993, p. 218.

Per l'orientamento opposto, motivato, anteriormente alla riforma societaria, sulla base dell'incomunicabilità causale stante il carattere eterogeneo della fusione, e con l'argomentazione *ex silentio* basata sull'art. 31 t.u.b.; e, successivamente alla riforma, con l'inapplicabilità di quest'ultima alle banche cooperative, VALCAVI, *Se una banca cooperativa possa incorporarne una esistente in forma di società per azioni*, in *Dir. fall.*, 2003, p. 17 ss.; GENNARI, *Problemi non risolti in tema di fusioni eterogenee nel settore bancario*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 408 ss.; CAPRIGLIONE, *Banche popolari. Metamorfosi di un modello*, cit., p. 98 ss.; RIVOLTA, *Aspetti della nuova disciplina delle concentrazioni bancarie: le fusioni eterogenee nel testo unico*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 269 ss.; D'AMICO-DE POLIS, *Banche popolari*, cit., p. 480; Trib. Benevento 29 luglio 1995, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 404.

²¹² DE LILLO, *Commento all'art. 31*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova 2001, p. 32.

²¹³ APPIO, *Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo*, cit., p. 100; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 555; SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, cit., p. 333 ss.

²¹⁴ OPPO, *Fusione e scissione di banche tra disciplina codicistica e ordinamento settoriale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 121.

maggioranza di società lucrativa in società cooperativa - non incide sulla possibilità di deliberare a maggioranza le suddette operazioni, cosa che si riteneva preclusa anteriormente alla riforma²¹⁵.

Nulla quaestio, infine, per le fusioni tra banche di credito cooperativo, o tra banche popolari, che sono fusioni omogenee, soggette unicamente all'autorizzazione ex art. 57 t.u.b., e per il resto alla disciplina societaria ordinaria²¹⁶.

²¹⁵ Così MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 555 ss., il quale argomentava - con riferimento alla trasformazione in banca di credito cooperativo - dal fatto che "la nuova veste assunta comporta vincoli di destinazione altruistica degli utili, l'obbligo di patrimonializzarli nella misura del 70%, la fissazione di un tetto massimo della partecipazione in valori assoluti e non percentuali".

²¹⁶ APPIO, *Fusioni e scissioni di banche di credito cooperativo*, cit., p. 99 ss.; MARASA', *Le banche cooperative*, cit., p. 548; SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, cit., p. 335.