

RIVISTA
TRIMESTRALE
DI DIRITTO
DELL'ECONOMIA

RASSEGNA
DI
DOTTRINA
E
GIURISPRUDENZA

DIREZIONE SCIENTIFICA

G. ALPA - M. ANDENAS - A. ANTONUCCI
F. CAPRIGLIONE - R. MASERA - R. Mc CORMICK
F. MERUSI - G. MONTEDORO - C. PAULUS

1 / 2022

ISSN: 2036 - 4873

RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

WWW.RTDE.LUISS.IT

La sede della Rivista è presso
la Fondazione G. Capriglione Onlus,
Università Luiss G. Carli,
Viale Romania 32, 00197 Roma.

Direzione Scientifica

G. Alpa - M. Andenas - A. Antonucci - F. Capriglione - R. Masera
F. Merusi - R. McCormick - G. Montedoro - C. Paulus

Direttore Responsabile

F. Capriglione

Comitato Editoriale

V. Lemma - E. Venturi - D. Rossano - N. Casalino - A. Troisi

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere
riprodotti dalla Fondazione G. Capriglione Onlus su altre
proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Autorizzazione n. 136/2009, rilasciata dal Tribunale di Roma in data 10 aprile 2009.

COMITATO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE

L. Ammannati, E. Bani, P. Benigno, R. Bifulco, A. Blandini, C. Brescia Morra, M. Brogi, R. Calderazzi, E. Cardi, A. Cilento, M. Clarich, A. Clarizia, R. Cocozza, G. Colavitti, F. Colombini, G. Conte, P. E. Corrias, C. G. Corvese, L. De Angelis, M. De Benedetto, P. De Carli, C. De Caro, P. de Gioia Carabellese, M. De Poli, G. Desiderio, L. Di Brina, L. Di Donna, G. Di Gaspare, F. Gaspari, F. Guarracino, F. Di Porto, G. Di Taranto, V. Donativi, M. V. Ferroni, L. Foffani, C. Fresa, P. Gaggero, I. Ingravallo, C. Irti, R. Lener, M. Libertini, P. Lucantoni, L. Ludovici, N. Lupo, M. B. Magro, F. Maimeri, A. Mangione, E. Maria Lombardi, G. Martina, S. Martuccelli, M. Maugeri, R. Miccù, F. Moliterni, S. Monticelli, G. Napolitano, G. Niccolini, A. Niutta, M. Passalacqua, M. Pellegrini, M. Proto, M. Rabitti, N. Rangone, P. Reichlin, R. Restuccia, A. Romano, A. Romolini, C. Rossano, G. Ruotolo, C. Russo, A. Sacco Ginevri, I. Sabbatelli, F. Sartori, A. Sciarrone, M. Sepe, G. Sicchiero, D. Siclari, G. Terranova, G. Tinelli, V. Troiano, A. Urbani, P. Valensise, A. Zimatore

REGOLE DI AUTODISCIPLINA PER LA VALUTAZIONE DEI CONTRIBUTI

I contributi inviati alla Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia sono oggetto di esame da parte del «Comitato scientifico per la valutazione» secondo le presenti regole.

1. Prima della pubblicazione, tutti gli articoli, le varietà, le note e le osservazioni a sentenza inviati alla *Rivista* sono portati all'attenzione di due membri del *Comitato*, scelti in ragione delle loro specifiche competenze ed in relazione all'area tematica affrontata nel singolo contributo.
2. Il contributo è trasmesso dalla *Redazione* in forma anonima, unitamente ad una scheda di valutazione, ai membri del *Comitato*, perché i medesimi – entro un congruo termine – formulino il proprio giudizio.
3. In ciascun fascicolo della *Rivista* sarà indicato, in ordine alfabetico, l'elenco dei membri del *Comitato* che hanno effettuato la valutazione dei contributi pubblicati.
4. In presenza di pareri dissenzienti, la *Direzione* si assume la responsabilità scientifica di procedere alla pubblicazione, previa indicazione del parere contrario dei membri del *Comitato*.
5. Ove dalle valutazioni emerga un giudizio positivo condizionato (a revisione, integrazione o modifica), la *Direzione* promuove la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle indicazioni dei membri del *Comitato*, assumendosi la responsabilità della verifica.

I CONTRIBUTI DEL PRESENTE FASCICOLO SONO STATI VALUTATI DA:

A. Cilento, L. Di Brina, V. Donativi, L. Di Donna, A. Miglionico, I. Sabbatelli,
A. Sacco Ginevri, M. Sepe, D. Siclari, V. Troiano

PARTE PRIMA

ARTICOLI

FRANCESCO CAPRIGLIONE – *Responsabilità sociale d’impresa e sviluppo sostenibile (Corporate Social Responsibility and Sustainable Development)*.....1

PAOLO GAGGERO – *Forme tecniche di finanziamento e contratti di leasing (Financing techniques and leasing contracts)*.....26

FRANCESCO GUARRACINO – *Information technology e valutazione del merito creditizio (Information technology and creditworthiness assessment)*.....65

VARIETÀ

CIRO ALESSIO MAURO – *La sharing economy nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) tra Stato e mercato (Sharing economy in the National Recovery and Resilience Plan (PNRR) between State and market)*.....83

CLAUDIA MARASCO – *La circolazione dei titoli di debito e lo sviluppo di un mercato sostenibile: profili di criticità (The circulation of debt securities and the development of sustainable market: critical profiles)*.....137

PARTE SECONDA

NOTE ED OSSERVAZIONI A SENTENZA

GIUSEPPE MELIS – *La sentenza n. 149/2021 e il trascurabile “onere” del 20 per cento sul patrimonio netto delle BCC irrispettose del disegno legislativo: considerazioni sul “prezzo” della libertà secondo la Consulta (The Court decision No 149 of 2021 and the negligible “duty” of 20% on the net capital of cooperative credit banks in contrast with the normative proposal: reflections about the “price” of liberty according to the Supreme Court), nota a sentenza della Corte Costituzionale n. 149 del 2021*.....1

**LA SENTENZA N. 149/2021 E IL TRASCURABILE “ONERE” DEL 20 PER
CENTO SUL PATRIMONIO NETTO DELLE BCC IRRISPETTOSE DEL
DISEGNO LEGISLATIVO: CONSIDERAZIONI SUL “PREZZO” DELLA
LIBERTÀ SECONDO LA CONSULTA ***

*(The Court decision No 149 of 2021 and the negligible “duty” of 20% on the
net capital of cooperative credit banks in contrast with the normative
proposal: reflections about the “price” of liberty
according to the Supreme Court)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il disegno legislativo. - 3. La convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli. - 4. Il prelievo censurato: sua natura tributaria e sua possibile ratio. - 5. I profili di incostituzionalità. - 5.1. Violazione degli artt. 3 e 53 Cost. Irrazionalità del prelievo. - 5.2. Incostituzionalità del prelievo per disparità di trattamento. - 5.3. Incostituzionalità per violazione dell’art. 41 Cost. - 5.4. Incostituzionalità per violazione dell’art. 45 Cost. - 6. La sentenza n. 149/2021 e la sua fallacia argomentativa. - 7. Conclusioni.

1. Con una pronunzia bocciata dalla dottrina senza riserve ⁽¹⁾, la Corte costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Cassazione con la pregevole ordinanza n. 13484/2020, relativa alla violazione degli artt. 3, 41, 45, 47 e 53 Cost., del prelievo previsto dall’art. 2, comma 3-ter, d.l. n. 18/2016, nella versione risultante a seguito della Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49, a carico delle banche di credito cooperativo con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro, procedenti, ai sensi del precedente comma 3, al conferimento dell’azienda

*Contributo approvato dai revisori.

¹Tra questi, G. RAGUCCI, *Quando la riforma incespica pericolosamente sulla nozione di tributo*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 luglio 2021, che rileva il rischio «di aprire un varco non rimediabile sul versante fiscale»; G. CORASANITI, *Riforma delle Bcc, la negazione irragionevole della natura tributaria del “prezzo” del way out*, in *Norme e tributi*, 2021, n. 9, p. 12 ss.; F. MERUSI, *Sulla costituzionalità della previsione di una tassa abnorme se si fa una riforma*, in *Dir. prat. trib.*, 2022, p. 666 ss.

bancaria in una S.p.a..

Tale prelievo, consistente in «*un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi*» e da versare al bilancio dello Stato all'atto del conferimento, si colloca all'interno della ben nota riforma delle BCC, finalizzata – subito “a ruota” dell'esperienza riformatrice, appena precedente, delle banche popolari – a garantirne la stabilità finanziaria e a prevenire situazioni di crisi di assai difficile gestione (oltreché suscettibili di contagio ad altri intermediari estranei alla categoria), risultando il modello del c.d. “autofinanziamento” ormai non più adeguato a garantire le rilevanti esigenze di patrimonializzazione dettate dal contesto istituzionale, regolamentare e di mercato, peraltro in presenza di flussi di finanziamento drasticamente diminuiti nel corso degli anni ⁽²⁾.

Il tutto “calato” in una specifica realtà, quella delle BCC, connotate da: *i)* un modello di banca “commerciale” particolarmente esposto all'andamento dell'economia reale, e dunque fortemente colpito dal progressivo aumento della quota di crediti deteriorati e dalla bassa profittabilità dell'attività di intermediazione creditizia attesa la significativa riduzione dei margini di interesse derivanti dalla crisi finanziaria del 2007-2008; *ii)* un'operatività concentrata in ambiti territoriali ristretti; *iii)* un modello di *governance* basato sul modello cooperativo del voto capitario e delle riserve indivisibili, con conseguente limitata capacità di attrarre investitori e di accedere al mercato dei capitali, non sufficientemente remunerati ⁽³⁾; *iv)* l'inevitabile necessità di adeguare ai

²Rileva I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, Bari, 2016, p. 56, «*negli ultimi anni, la sottoposizione a commissariamento di un gran numero di BCC, cui ha fatto riscontro, da parte degli organi federativi della categoria, la ricerca di adeguate forme tecniche idonee a consentire l'incremento dei livelli patrimoniali di tali banche*», delineandosi «*uno scenario nel quale le banche di credito cooperativo risultano esposte a criticità che hanno temere alle autorità di vertice dell'ordinamento finanziario italiano l'eventualità di una caduta degli equilibri sistemici all'interno della categoria*».

³Il tutto è magistralmente illustrato nell'audizione del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca di Italia, dott. Carmelo Barbagallo, resa in data 1 marzo 2016 alla VI Commissione permanente (Finanze) della Camera dei Deputati sulle “*Misure urgenti concernenti la*

tempi un modello di *business* esposto a crescenti pressioni competitive, sostenendo i rilevanti investimenti in risorse tecniche e professionali a ciò indispensabili (4).

Da qui, dunque, la necessità di assicurare alle Bcc una dotazione patrimoniale elevata e la possibilità di ricorrere in modo rapido ed agevole al mercato, oltre che indirizzare i soggetti vigilati verso l'adozione di "assetti" ritenuti più funzionali per l'efficace esercizio dell'attività di supervisione (5).

2. Per raggiungere questi obiettivi, il legislatore italiano si è mosso su due linee di fondo parallele: a) da un lato, far sì che le BCC ritenute prive di una dotazione patrimoniale sufficientemente elevata – legislativamente individuate in quelle con un patrimonio netto inferiore a 200 mln di euro – si aggregassero tra loro onde raggiungere *tutte* insieme una massa patrimoniale ritenuta sufficientemente solida; b) dall'altro, far sì che *tutte* le BCC – ivi comprese quelle non costrette ad aggregarsi, poiché ritenute dal legislatore sufficientemente solide da sole (con un patrimonio netto superiore a 200 mln di euro) – disponessero di strumenti finalizzati ad assicurare loro un modello di *governance* nuovo, "innestando" sul modello cooperativistico quegli elementi del modello "capitalistico" necessari a competere sul mercato.

I due "modelli organizzativi" a tal fine rispettivamente previsti dal legislatore sono stati i seguenti.

Per le BCC non sufficientemente solide dal punto di vista patrimoniale, il modello previsto (6) – salvo l'ipotesi-limite, riservata alle BCC autorizzate alla data di entrata in vigore della Riforma, della fusione *ex art.* 36, d.lgs. n. 385/1993 con banche di diversa

riforma delle banche di credito cooperativo e altre misure in materia bancaria", reperibile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2016/Barbagallo-010316.pdf>.

⁴C. BARBAGALLO, *La riforma delle banche di credito cooperativo: presupposti ed obiettivi*, in *Riv. trim. dir. ec.*, Supplemento al n. 3/2018, p. 220 ss.

⁵M. SEPE, *Il gruppo bancario cooperativo: tra autoriforma e neodirigismo, una nuova dimensione del credito cooperativo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2015, suppl. al fasc. 4, p. 93.

⁶Art. 1, d.l. n. 18/2016.

natura da cui risulti una S.p.a., tuttavia comportante il drastico (e letale) effetto di devoluzione ai fondi mutualistici per la cooperazione delle riserve indisponibili ex art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993 (come modificato dall'art. 1, co, 4, d.l. n. 18/2016), residuando altrimenti la liquidazione ⁽⁷⁾ oppure la revoca dell'autorizzazione ⁽⁸⁾ – è stato quello dell'adesione al c.d. “gruppo bancario cooperativo” ex artt. 37 e 38 T.U.B., sostanziandosi nella sottoscrizione delle azioni di una S.p.a. “capogruppo” (che, dunque, è *partecipata* dalle BCC), con patrimonio netto non inferiore a 1 mld di euro, e di un “contratto di coesione”, volto ad attribuire alla “capogruppo” poteri di direzione e coordinamento di straordinaria incisività, tra tutti (ma non solo) la capacità di esercitare poteri di intervento nella nomina, revoca, sostituzione degli organi delle controllate. Questi ultimi poteri, originariamente previsti in via “eccezionale” dal d.l. n. 18/2016 – a seguito dei rilievi critici della Banca di Italia e della BCE – sono diventati “strutturali” nella Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49 e resi ancor più pregnanti dai provvedimenti attuativi adottati dall'autorità di vigilanza, al punto da configurare un vero e proprio potere di veto “di fatto” della capogruppo sulle nomine da parte delle BCC aderenti al gruppo ⁽⁹⁾.

Per le BCC invece ritenute dal legislatore sufficientemente “solide” – ferma restando la possibilità di aderire anch'esse al “gruppo bancario cooperativo” – il modello per “contemperare” la conservazione dell'autonomia giuridico-funzionale da un lato, con l'assetto della S.p.a. prefigurato per il “gruppo bancario cooperativo” dall'altro lato, è consistito ⁽¹⁰⁾ nel conferimento dell'azienda bancaria in una S.p.a. (anche congiuntamente ad altre BCC con patrimonio inferiore a 200 mln), secondo un modello organizzativo «*che ricorda, per certi versi, quello sperimentato per la privatizzazione delle Casse di risparmio attraverso il conferimento dell'azienda bancaria*

⁷Art. 2, comma 3, d.l. n. 18/2016.

⁸Art. 2, comma 4, d.l. n. 18/2016.

⁹M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 547.

¹⁰Art. 2, comma 3-*bis*, d.l. n. 18/2016.

e la trasformazione della banca conferente in Fondazione bancaria» ⁽¹¹⁾.

Va detto, peraltro, che per le BCC ritenute sufficientemente solide, lo strumento del “conferimento” rappresenta una novità apportata dalla Legge di conversione, prevedendo infatti il d.l. originario, per tutte le BCC, il diverso strumento della loro trasformazione in S.p.a.. Questo strumento è stato, tuttavia, fortemente osteggiato dalla stessa Autorità di vigilanza per la sua scarsa coerenza con la legislazione cooperativa generale e con quella speciale delle banche di credito cooperativo, tra cui la libertà di iniziativa economica, la tutela della cooperazione amministrativa e quella del risparmio ⁽¹²⁾, ed infatti è venuto meno nella versione definitiva del testo poiché riservato, quale “ultima spiaggia”, ai soli casi «*di recesso o esclusione da un gruppo bancario cooperativo*» ⁽¹³⁾.

Le critiche dell’autorità di vigilanza coinvolgevano, peraltro, anche un’ulteriore misura contenuta nel d.l. originario.

La possibilità, offerta come detto a tutte le BCC nella versione originale, di trasformarsi in S.p.a., avrebbe infatti comportato in via generale (ed in ossequio ai principi generali) la devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici per la cooperazione – di fatto, pertanto, obbligandole alla chiusura; il d.l. n. 18/2016, sempre nella versione originale, faceva tuttavia salve dall’effetto devolutivo le BCC aventi un patrimonio netto superiore a 200 mln di euro, prevedendo però per esse un’imposta sostitutiva “straordinaria” nella misura del 20% delle riserve indivisibili, al fine dichiarato di «affrancarle». A tale riguardo, rilevava, infatti, l’Autorità di vigilanza, la necessità di valutare «*se la misura prevista per l’imposta straordinaria non conceda vantaggi ingiustificati a chi esercita l’opzione di uscita, risultando inferiore al complesso delle*

¹¹Audizione del Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca di Italia, dott. Carmelo Barbagallo, cit., p. 14.

¹²Audizione, cit., p. 12.

¹³Art. 36, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 385/1993, introdotto dal d.l. n. 18/2016 conv. in legge 8 aprile 2016, n. 49.

agevolazioni fiscali ricevute dalla cooperativa nel corso del tempo» ⁽¹⁴⁾, e, in ogni caso, auspicava che fosse chiarito *«il carattere eccezionale della facoltà [di affrancamento], giustificata dal profondo mutamento intervenuto con il passaggio da un assetto atomistico a uno di gruppo»*.

In ogni caso, la Banca di Italia non mancava di sottolineare anche i possibili effetti distorsivi dell'imposta sull'affrancamento delle riserve indivisibili sulla stabilità finanziaria dei soggetti interessati, dovendosi pertanto valutare *«attentamente gli impatti attuali e prospettivi dell'imposta di affrancamento sulla posizione patrimoniale e sulla redditività delle banche risultanti dalla trasformazione»* ⁽¹⁵⁾; aggiungendo, sempre nella medesima direzione di pensiero, che la trasformazione in s.p.a. conseguente all'opzione di way-out andrebbe autorizzata e a tale scopo *«il criterio valutativo è quello della sana e prudente gestione e sarebbe volto a verificare in modo rigoroso la capacità della nuova banca, privata di un ammontare consistente di risorse patrimoniali, di stare sul mercato rispettando tutti i requisiti di capitale, di liquidità, organizzativi e la qualità degli assetti proprietari»* ⁽¹⁶⁾.

3. *La convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli.* - Tanto premesso sui modelli organizzativi previsti, va adesso rilevato che, pur cercando il legislatore *«di evitare di impattare direttamente sulla struttura cooperativa e sull'essenza mutualistica delle BCC attraverso norme che ne mutassero i connotati tipici o addirittura ne imponessero la trasformazione in S.p.A., come avvenuto nel caso delle banche popolari più grandi, [inserendo] nuove disposizioni che, cercando il più possibile di mantenere in essere i loro tratti caratterizzanti, sono finalizzate a permettere di raggiungere una maggiore solidità patrimoniale»* ⁽¹⁷⁾, entrambi i modelli sono

¹⁴Audizione, cit., p. 12.

¹⁵Audizione, cit., p. 13.

¹⁶Audizione, cit., p. 14.

¹⁷M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 542.

caratterizzati da un parziale allontanamento dal modello cooperativo, originandosi in ambo i casi un modello “ibrido” in cui “convivono” aspetti mutualistici e capitalistici.

Per il “gruppo bancario cooperativo”, in disparte il forte svuotamento dei poteri delle singole BCC – sia in termini di nomina dei componenti dell’organo amministrativo, sia in termini di definizione degli stessi modelli di *business*, al punto di parlarsi di «*una sorta di banca unica delocalizzata*»⁽¹⁸⁾ – è stato previsto che la capogruppo sia partecipata *solo in parte* dalle BCC che formano il gruppo, di regola in via maggioritaria (la percentuale è stata poi elevata al 60% a seguito del d.l. n. 91/2018), ma con possibilità per il MEF, sentita la Banca di Italia, allo scopo di garantire l’adeguatezza dimensionale e organizzativa del gruppo e considerate le sue esigenze di stabilità, di fissare soglie di partecipazione ancor più basse, così ammettendo il coinvolgimento di investitori esterni al mondo del credito cooperativo. La stessa “capogruppo” può poi, a sua volta, pacificamente possedere *subholding* dislocate sul territorio, anch’esse banche con forma di S.p.a., sottoposte all’attività di direzione e coordinamento della medesima capogruppo in virtù del possesso azionario⁽¹⁹⁾. È dunque la S.p.a. che diviene “protagonista”, consentendo «*di remunerare propriamente il capitale di rischio e di attribuire diritti di voce ai soci proporzionalmente al loro investimento [avendo] maggiori possibilità di una BCC di attirare investitori disponibili a conferire somme a titolo di capitale*»⁽²⁰⁾.

Pertanto, pur mantenendo le BCC la loro azienda bancaria direttamente in forma cooperativa, la dottrina ha comunque rilevato che «*con l’entrata a regime della riforma delle banche di credito cooperativo – che annovera, inter alia, poteri di eterodirezione forti della capogruppo s.p.a. e un ampio ricorso alle azioni di finanziamento in suo favore ad opera delle BCC controllate – sembra sostanzialmente superata la consolidata*

¹⁸A. SACCO GINEVRI, *Il rapporto tra holding e controllate nel gruppo cooperativo bancario*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 383.

¹⁹M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 545.

²⁰M. BODELLINI, *Localismo e mutualità nel nuovo gruppo bancario cooperativo*, cit., p. 545.

logica del governo democratico (dell'impresa bancaria mutualistica) fondato sul consenso» ⁽²¹⁾.

Per il modello “conferimento”, invece, il modello “ibrido” si sostanzia nel diretto possesso – e non nella sua *eterodirezione*, come nel modello del «gruppo cooperativo bancario» – da parte della S.p.a. dell'azienda bancaria oggetto del conferimento da parte della conferente, la quale ultima rimane tuttavia una cooperativa a mutualità prevalente a tutti gli effetti, con tutti i *vincoli* propri della forma cooperativa.

La BCC “conferente”, infatti: a) permane in vita quale soggetto “autonomo”; b) si obbliga a mantenere tutte le clausole statutarie previste dall'art. 2514 c.c. per le cooperative a mutualità prevalente ⁽²²⁾; c) “mantiene” altresì tutte le riserve indivisibili, pervenendo pertanto alla conferitaria solo quanto *divisibile* del patrimonio; d) si obbliga, quanto alla c.d. “gestione di servizio”, «*ad assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria, di formazione e informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza*»; e) mantiene i suoi stessi soci, considerato l'espresso divieto di esercizio del diritto di recesso previsto dall'art. 2, comma 3-*quater*, d.l. n. 18/2016 come modificato dalla Legge di conversione, e ciò al precipuo fine di eliminare il rischio di una riduzione significativa dell'area dello scambio mutualistico all'interno della società cooperativa; f) mantiene l'intera partecipazione nella S.p.a. conferitaria, risultando pertanto

²¹A. SACCO GINEVRI, *Quali limiti al diritto di recesso dei soci delle bcc aderenti al gruppo bancario cooperativo?*, cit., p. 209.

²²Art. 2, comma 3-*quater*, d.l. n. 18/2016, conv. dalla legge 8 aprile 2016, n. 49. Si tratta delle seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi in misura superiore all'interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di 2,5 punti percentuali rispetto al capitale effettivamente versato; b) divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci operatori in misura superiore a 2 punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c) divieto di distribuire le riserve tra i soci operatori; d) obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale (dedotto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati) a fondi mutualistici per la promozione e sviluppo della cooperazione. «*Tali clausole – si è osservato in dottrina – esprimono essenzialmente una compressione del lucro soggettivo della cooperativa e, in un certo senso, si pongono nel segno della continuità col passato, ricalcando quanto già previsto dall'art. 26 della legge Basevi*» (F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, Milano, 2009, p. 176).

destinataria dei relativi utili, i quali, in virtù delle clausole di mutualità prevalente, subiranno il medesimo vincolo di “indivisibilità” degli utili precedentemente prodotti in via diretta.

Obblighi – quelli cui alle lettere b), c) e d) – tutti assistiti da una grave “sanzione”, prevedendo infatti il legislatore che, nel caso di loro inosservanza, «*il patrimonio della conferente o, a seconda dei casi, della banca di credito cooperativo è devoluto ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388*»⁽²³⁾.

In tal modo, lo scopo mutualistico – vuoi nel caso del possesso dell'azienda direttamente in capo alle BCC pur “eterodirette” dalla capogruppo, vuoi nel caso di possesso dell'azienda bancaria in capo alla conferitaria, pur interamente partecipata dalla cooperativa conferente soggetta ai vincoli mutualistici appena indicati – permane, poiché lo scopo “mutualistico” non viene sostituito dal fine di arricchire i soci, dividendo tra di essi un profitto.

Si tratta di conclusione ritenuta pacifica dalla dottrina che più si è occupata del processo di riforma delle BCC, rilevandosi al riguardo che «*è evidente come lo scorporo dell'azienda bancaria e la costituzione della s.p.a. creditizia consentiva – attraverso il mantenimento della causa mutualistica prevalente nella società conferente – la conservazione nella stessa del metodo cooperativo*»⁽²⁴⁾.

Potrà, dunque, discutersi se, in ultima analisi, la riforma nel suo complesso abbia comportato un «*annegamento della cooperazione a scopo mutualistico in una logica imprenditoriale propria di una società per azioni*»⁽²⁵⁾ oppure, come ad avviso di chi

²³Art. 3, comma 3-bis, d.l. n. 18/2016 conv. dalla legge 8 aprile 2016, n. 49.

²⁴I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, p. 120.

²⁵V. ONIDA, *Profili di legittimità costituzionale della riforma delle banche di credito cooperativo*, in *Riv. trim. dir. econ.*, Supplemento al n. 3/2018, p. 239, peraltro a proposito del modello organizzativo delle “piccole” BCC. Analoghe perplessità, con riferimento al primo modello organizzativo (proposto da Federcasse nella prima ipotesi di autoriforma), nel senso che «*tale particolare modalità organizzativa – evidentemente finalizzata al superamento degli impedimenti che la speciale forma giuridica della cooperativa pone all'esigenza di un tempestivo rafforzamento patrimoniale delle banche di credito cooperativo – incide sull'essenza degli enti creditizi in esame, ponendo delicati problemi di conciliazione con i criteri fondanti della mutualità*», sono state rilevate

scrive è più corretto ritenere, se con essa, semplicemente, «*il modello capitalistico viene posto al servizio del modello mutualistico*»⁽²⁶⁾, ma da quanto precede un dato si erge con certezza: ove infatti mai possa predicarsi una simile eventualità di “*annegamento*”, questa va riferita, come in effetti è stato fatto dalla richiamata dottrina, non soltanto per il modello organizzativo “conferimento” riguardante le BCC con “autonoma” solidità patrimoniale, ma anche per il primo modello organizzativo del c.d. “gruppo bancario cooperativo”.

In ogni caso, non solo il secondo modello può ritenersi, per quanto detto, *almeno* “equiordinato” nel disegno legislativo al primo, ma:

- da un lato, nel riprendere quanto già sperimentato con la riforma Amato, esso ricorre al conferimento d’azienda quale strumento “principe” per separare “funzioni” (d’impresa) ed “obiettivi” (mutualistici); con la differenza, tuttavia, rispetto alla Legge Amato, di stabilire qui un legame “solido”, dovendo la conferitaria esercente l’attività creditizia concorrere al pieno realizzarsi degli obiettivi mutualistici, in forza di quel rapporto con i soci della conferente scolpito dal legislatore con le previsioni sopra enunciate⁽²⁷⁾;
- dall’altro, nel caso del “gruppo bancario cooperativo” il possibile *vulnus* al principio mutualistico è paradossalmente più elevato, atteso che gli estesi poteri di cui dispone la capogruppo sono in grado di orientare gli altrui fini mutualistici in misura maggiore rispetto al modello “conferimento”, in cui la cooperativa partecipa interamente la controllata azienda-bancaria.

da F. CAPRIGLIONE, *L’autoriforma delle banche di credito cooperativo. Una svolta decisiva nella morfologia del sistema bancario italiano*, in *Contratto e imp.*, 2016, p. 47 ss., che ulteriormente osserva che «*l’integrazione delle BCC in un gruppo, come testé rappresentata, interagisce sulle modalità in cui si realizza lo scambio mutualistico tra la cooperativa e i soci. La struttura del gruppo, infatti, opera uno spostamento dell’asse portante del governo partecipativo dalla persona del socio all’azione della capogruppo, con ovvie conseguenze sulla possibilità di conservare integre le caratteristiche della gestione di servizio*».

²⁶C. BARBAGALLO, *La riforma delle banche di credito cooperativo: presupposti ed obiettivi*, cit., p. 227.

²⁷F. FIORDIPONTI, *Banche di Credito Cooperativo: una riforma a due velocità*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, p. 93 ss.

Vale rilevare, infine, che l'assunzione di partecipazioni da parte delle società cooperative e loro consorzi è espressamente prevista dall'art. 27-*quinquies*, d.lgs. n. 1577/1947 ⁽²⁸⁾, sicché anche sotto questo profilo nulla risulta "innovato", nel modello "conferimento", rispetto ai preesistenti principi della normativa in materia di cooperative.

4. *Il prelievo censurato: sua natura tributaria e sua possibile ratio.* - È nel contesto appena delineato che si inserisce l'art. 2, comma 3-*ter*, d.l. n. 18/2016, nella versione risultante a seguito della Legge di conversione 8 aprile 2016, n. 49, il quale ha previsto, per le sole banche di credito cooperativo (con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro precedenti, e per quelle "minori" eventualmente aggregate al medesimo conferimento) che «*all'atto del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente versa al bilancio dello Stato un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi*».

Dobbiamo, dunque, dapprima interrogarci sulla "natura" di tale prelievo, anche al fine di individuare i "referenti" costituzionali, per poi esaminare la sua possibile *ratio* alla luce del contesto generale della riforma.

Quanto alla relativa natura, la qualificazione come tributo è agevole, anche se, vedremo, non la pensa così la Corte.

La Corte costituzionale ha da tempo delineato una definizione "in positivo" di tributo, affermando che i criteri cui far riferimento per qualificare come tributari alcuni prelievi consistono: 1) nella doverosità della prestazione, in mancanza di un rapporto sinallagmatico tra le parti; 2) nel fatto che la disciplina legale sia diretta, in via prevalente, a procurare una (definitiva) decurtazione patrimoniale a carico del soggetto

²⁸«*Le società cooperative e loro consorzi possono costituire ed essere soci di società per azioni o a responsabilità limitata*» (articolo inserito dall'art. 18, L. 19 marzo 1983, n. 72).

passivo; e 3) nel collegamento di detta prestazione alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante ⁽²⁹⁾.

Viene dunque sottolineato dalla Corte il connotato “finalistico” del tributo, costituito dal collegamento della prestazione (*ergo*, dal “concorso”) alla pubblica spesa, che essa è destinata a finanziare. Secondo la Corte, pertanto, non potrebbe considerarsi tributo né una misura che determini non l’acquisizione di risorse, bensì un risparmio di spesa ⁽³⁰⁾; né un prelievo sulle pensioni più elevate che sia destinato non alla fiscalità generale, bensì al finanziamento del sistema previdenziale ⁽³¹⁾.

Non v’è dubbio che nel prelievo in esame ricorrano i criteri delineati dalla Corte costituzionale, vuoi quanto alla doverosità della prestazione – una volta “optato” per il modello che ne prevede il pagamento, con conseguente decurtazione patrimoniale definitiva – , vuoi per il collegamento alla pubblica spesa in relazione ad un presupposto economicamente rilevante, trattandosi di prelievo destinato alla fiscalità generale ed assiso su un presupposto (il patrimonio netto) espressivo di forza economica.

Donde la relativa natura di tributo, i cui referenti costituzionali primari sono, dunque, l’art. 3 Cost. e – una volta esclusa la natura di “tassa”, come qui è parimenti agevole fare, mancando nella specie un’attività amministrativa o giurisdizionale o un servizio pubblico reso a favore della BCC conferente, e certamente sussistendo una abnorme sproporzione del *quantum* rispetto a qualsivoglia attività amministrativa – l’art. 53 Cost..

Sul punto torneremo diffusamente tra breve per commentare la “singolare” ricostruzione della Consulta, laddove attribuisce rilevanza ad un elemento ultroneo, rappresentato dalla (mancata) previsione del recupero coattivo delle somme.

Quanto alla *ratio* di tale prelievo, essa appariva chiara (e giustificata) nella

²⁹Corte cost., nn. 73/2005, 64/2008, 102/2008, 141/2009, 238/2009, 280/2011, 233/2012, 304/2013, 310/2013, 154/2014, 219/2014, 70/2015, 269/2017, 167/2018.

³⁰Ad es., il blocco della rivalutazione delle pensioni, Corte cost., n. 70/2015.

³¹Corte cost., n. 173/2016.

versione originaria del d.l. n. 18/2016.

In tale ipotesi, infatti, il prelievo si ricollegava alla piena “disponibilità” (divisibilità) delle riserve che si sarebbe verificata per effetto della trasformazione in S.p.a. una volta escluso *ex lege* l’obbligo devolutivo altrimenti ordinariamente previsto dall’art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993 a seguito delle modifiche apportate dall’art. 17, L. n. 388/2000⁽³²⁾, che, con norma di interpretazione autentica ritenuta costituzionalmente legittima⁽³³⁾, aveva esteso l’obbligo devolutivo, originariamente previsto per la sola liquidazione, anche ai casi di «*fusione e trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente, in enti diversi dalle cooperative per le quali vigono clausole di cui al citato articolo 26, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali*».

Questa sottrazione delle riserve “indivisibili” agli originari vincoli di “indisponibilità”, le avrebbe rese “divisibili” tra i soci; sicché, una volta esclusa, non per tutte le BCC, ma per le sole BCC patrimonialmente autosufficienti (con patrimonio netto superiore a 200 mln di euro) la loro destinazione ai fondi mutualistici, esse sarebbero diventate riserve “libere” non solo *civilisticamente*, ma anche *fiscalmente*, senza tuttavia aver mai assolto imposte sul reddito “a monte” in considerazione dell’esenzione (*rectius*, esclusione) da imposta degli utili destinati a tali riserve.

Da qui la necessità di un “recupero” (c.d. *recapture*) dei benefici fiscali accordati in precedenza tramite il pagamento di un’imposta straordinaria al fine di “affrancarle”, tant’è che il legislatore non commisurava il prelievo al “patrimonio netto”, bensì,

³²L. n. 388/2000, art. 17. (*Interpretazione autentica sull'inderogabilità delle clausole mutualistiche da parte delle società cooperative e loro consorzi*) «1. Le disposizioni di cui all'articolo 26 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, ratificato, con modificazioni dalla legge 2 aprile 1951, n. 302, all'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e all'articolo 11, comma 5, della legge 31 gennaio 1992, n. 59, si interpretano nel senso che la soppressione da parte di società cooperative o loro consorzi delle clausole di cui al predetto articolo 26 comporta comunque per le stesse l'obbligo di devolvere il patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici di cui al citato articolo 11, comma 5. Allo stesso obbligo si intendono soggette le stesse società cooperative e loro consorzi 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, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali».

³³Corte cost., n. 170/2008.

appunto, alle sole “riserve”, affermando che «*in tal caso* – cioè, una volta escluso l’effetto devolutivo per le BCC “solide” oggetto di trasformazione in S.p.a., n.d.r. – *le riserve sono affrancate corrispondendo all’erario un’imposta straordinaria pari al venti per cento della loro consistenza*».

Ecco, dunque, la *ratio* del testo originario:

- 1) qualsiasi operazione straordinaria, diversa dall’aggregazione, le BCC avessero posto in essere, sarebbe “scattato” l’effetto devolutivo del “patrimonio”: ciò non solo nel caso di trasformazione, ma anche di fusione (come pure previsto dall’art. 17, L. n. 388/2000) e – novità di cui al d.l. n. 18/2016 – anche in caso di «*cessione di rapporti giuridici in blocco e scissione*»³⁴), così ponendo un evidente disincentivo all’adozione, da parte delle piccole BCC, nel presente e nel futuro, di qualsivoglia operazione destinata a distogliere le riserve “indivisibili” dalla loro destinazione originaria;
- 2) per le sole BCC ritenute autonomamente solide, tale effetto devolutivo del “patrimonio” veniva escluso, all’evidente fine di consentire loro di poter effettuare, poiché in grado di “camminare da sole”, altre operazioni straordinarie, dalla semplice trasformazione sino alla fusione con un altro soggetto, senza perdere il patrimonio (al netto del capitale sociale e dei dividendi eventualmente maturati: v. *infra*);
- 3) così facendo, tuttavia, sarebbe naturalmente sorto il problema della diversa

³⁴Il nuovo testo del comma 5, dell’art. 150-*bis*, d.lgs. n. 385/1993, come sostituito dall’art. 1, comma 6, lett. b), d.l. n. 18/2016 – confermato in sede di conversione – recita infatti quanto segue: «*Nei casi di fusione e trasformazione previsti dall’articolo 36, nonché di cessione di rapporti giuridici in blocco e scissione da cui risulti una banca costituita in forma di società per azioni, restano fermi gli effetti di devoluzione del patrimonio stabiliti dall’articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388*». Il precedente comma 5 stabiliva, invece, che «5. L’articolo 2545-undecies, primo e secondo comma, del codice civile si applica in tutti i casi di fusione previsti dall’articolo 36», dove l’art. 2545-undecies stabilisce, a sua volta, che «*La deliberazione di trasformazione devolve il valore effettivo del patrimonio, dedotti il capitale versato e rivalutato e i dividendi non ancora distribuiti, eventualmente aumentato fino a concorrenza dell’ammontare minimo del capitale della nuova società, esistenti alla data di trasformazione, ai fondi mutualistici per la promozione, e lo sviluppo della cooperazione*». In altri termini, le operazioni già “coperte” erano quelle della fusione e della trasformazione, sicché il legislatore del 2016 vi ha aggiunto la “cessione di rapporti giuridici in blocco” e la “scissione”.

destinazione civilistica delle “riserve” indisponibili, che, ormai sciolte dal vincolo dell’indivisibilità, sarebbero state liberamente distribuibili ai soci;

- 4) non avendo, tuttavia, queste riserve mai scontato alcuna imposizione, si rendeva necessario “recuperare” i benefici fiscali accordati in passato, la cui giustificazione era venuta meno, affrancando le “riserve” (si badi bene, non il “patrimonio netto”).

A tale ultimo proposito, la norma utilizza il vocabolo “affrancamento”, ma tale termine ha riguardato, in passato, i fondi e le riserve c.d. “in sospensione d’imposta” – con aliquote originariamente pari al 20% e poi diminuite nel tempo per effetto della diminuzione dell’aliquota IRES – tra le quali, tuttavia, non figuravano le «riserve indivisibili», e ciò proprio in considerazione del fatto che la loro “sottrazione” al regime civilistico di “indivisibilità” – come pure il venir meno dei benefici fiscali, a mente di quanto previsto dall’art. 17, L. n. 388/2000 – avrebbe comportato l’effetto ben più radicale della devoluzione ai fondi mutualistici.

Con questa disposizione il legislatore, dunque, più che un “affrancamento” di una riserva di dubbia qualificazione fiscale, compiva una vera e propria c.d. “recapture”, ossia recuperava, con un’aliquota peraltro molto elevata se paragonata all’aliquota IRES vigente “a regime”, le agevolazioni concesse nel passato sugli utili accantonati a detta riserva e mai oggetto di imposizione.

Nulla di tutto ciò è rimasto, tuttavia, a seguito della conversione, se non il pagamento del prelievo della cui legittimità costituzionale appunto si discuteva.

Occorre, pertanto, esaminare il testo dei commi 3-*bis*, 3-*ter* e 3-*quater* dell’art. 2, d.l. n. 18/2016, a seguito della conversione in legge 8 aprile 2016, n. 49 ⁽³⁵⁾.

³⁵Per comodità del lettore, se ne riporta il testo: «3-*bis*. In deroga a quanto previsto dall’articolo 150-*bis*, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, la devoluzione non si produce per le banche di credito cooperativo che, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presentino alla Banca d’Italia, ai sensi dell’articolo 58 del decreto legislativo n. 385 del 1993, istanza, anche congiunta, di conferimento delle rispettive aziende bancarie ad una medesima società per azioni, anche di nuova costituzione, autorizzata all’esercizio dell’attività bancaria, purché la banca istante o, in caso di istanza congiunta, almeno una delle banche istanti possieda, alla data del 31 dicembre 2015, un patrimonio netto superiore a duecento milioni di euro,

Ora, gli elementi da considerare al riguardo sono essenzialmente due.

Il primo è che le «riserve indivisibili», come già evidenziato nella ricostruzione della normativa, rimangono in capo alla conferente e rimangono altresì soggette al vincolo di indivisibilità, stante la necessità di riprodurre le clausole mutualistiche di cui all'art. 2514, c.c..

Pertanto, non si pone alcuna questione di loro “distribuibilità” civilistica e, quale ulteriore conseguenza, alcuna questione anche di natura fiscale, poiché, appunto, non distribuibili a chicchessia, ma solo devolvibili ai Fondi mutualistici nelle ipotesi previste dall'art. 17, L. n. 388/2000.

Dunque, a fronte della continuità di causa nel soggetto conferente e della permanenza presso quest'ultimo delle riserve indivisibili, la mancata devoluzione del patrimonio netto ai fondi mutualistici appare fisiologica, proprio perché non si realizza alcuna fattispecie traslativa degli effetti del vantaggio fiscale, nel rispetto della regola della indivisibilità.

Il secondo è che la disposizione apre con un *incipit* («*In deroga a quanto previsto dall'articolo 150-bis, comma 5, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*»), che potrebbe far intendere, ad una prima impressione, come il prelievo si configuri funzionalmente collegato proprio all'operatività di tale “deroga”.

come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi.

3-ter. All'atto del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente versa al bilancio dello Stato un importo pari al 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015, come risultante dal bilancio riferito a tale data, su cui il revisore contabile ha espresso un giudizio senza rilievi.

3-quater. A seguito del conferimento, la banca di credito cooperativo conferente, che mantiene le riserve indivisibili al netto del versamento di cui al comma 3-ter, modifica il proprio oggetto sociale per escludere l'esercizio dell'attività bancaria e si obbliga a mantenere le clausole mutualistiche di cui all'articolo 2514 del codice civile, nonché ad assicurare ai soci servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria, di formazione e informazione sui temi del risparmio e di promozione di programmi di assistenza. Non spetta ai soci il diritto di recesso previsto dall'articolo 2437, primo comma, lettera a), del codice civile. In caso di inosservanza degli obblighi previsti dal presente comma e dai commi 3-bis e 3-ter, il patrimonio della conferente o, a seconda dei casi, della banca di credito cooperativo è devoluto ai sensi dell'articolo 17 della legge 23 dicembre 2000, n. 388. In caso di mancato ottenimento delle autorizzazioni indicate al comma 3-bis entro il termine stabilito dal comma 1, la banca di credito cooperativo può chiedere l'adesione a un gruppo cooperativo già costituito entro i successivi novanta giorni. In caso di diniego dell'adesione si applica il comma 3»

Ora, tale ipotesi deve escludersi per una semplicissima ragione, cioè quella per la quale, se pur il “conferimento” può astrattamente ricondursi alla “cessione di rapporti giuridici in blocco”, attesa la sua assodata assimilabilità al concetto di “cessione” (si pensi, al riguardo, alla normativa lavoristica sul trasferimento di azienda, alla disciplina della responsabilità solidale civilistica e tributaria del cessionario di azienda, ecc.), qui non si tratta di un conferimento “puro e semplice”, ma di un conferimento soggetto a stringenti vincoli che impediscono che si verifichi proprio quell’effetto “distrattivo” che l’art. 150-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 385/1993, nella nuova versione, intende evitare.

A fronte, infatti, del “conferimento”, il legislatore fa sì che alla conferitaria possa giungere solo il patrimonio “divisibile”, dovendo permanere le riserve indivisibili tutte in capo alla conferente. E fa altresì in modo che la conferente conservi tutte le clausole proprie delle cooperative a mutualità prevalente, ivi compreso il rapporto tra i soci della cooperativa e la società per azioni conferitaria.

Ebbene, solo se ciò accade – vale a dire se la BCC patrimonialmente solida realizza questa fattispecie di conferimento “sui generis”, secondo le coordinate già delineate *supra* – allora non opera la devoluzione.

Ed infatti, a fronte dell’indicato *incipit* si pone la norma di chiusura, secondo cui in caso di inosservanza di tali obblighi «*il patrimonio della conferente [...] è devoluto ai sensi dell’articolo 18 della legge 23 dicembre 2000, n 388*».

Pertanto, per mutuare una terminologia cara al diritto tributario, si tratta di una “esclusione”, non di una “esenzione”. La deroga, infatti, è solo *apparente*, avendo la disposizione semplicemente la funzione di “precisare” meglio l’ambito applicativo della norma generale sull’obbligo devolutivo: segnatamente nel senso che, pur trattandosi qui di un conferimento astrattamente riconducibile alle fattispecie di devoluzione della “cessione di rapporti giuridici in blocco”, laddove esso si concreti nella configurazione “ibrida” prevista dal legislatore al fine di “innestare” gli elementi capitalistici necessari al raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore in una struttura “di base” che

rimane mutualistica, tale effetto devolutivo non può operare mancandone *in radice* i presupposti “costitutivi”.

Si tratta di risultato che appare evidente anche alla luce della costante dottrina in materia, evidenziandosi, a proposito dell'estensione agli obblighi devolutivi prevista dall'art. 17, L. n. 388/2000, che *«la ratio della devoluzione è rappresentata dalla necessità di impedire forme di elusione rispetto al vincolo di indisponibilità patrimoniale, storicamente regolata dall'art. 26 della legge Basevi e oggi espressa dalla norma di cui all'art- 2545-ter c.c. (...). Rispetto all'obbligo di devoluzione patrimoniale l'elemento qualificante della fattispecie non è quindi l'estinzione della cooperativa in relazione allo scioglimento della società, ma la perdita di qualità di cooperativa del soggetto titolare del patrimonio indivisibile: fattispecie quest'ultima che si riferisce anche a casi diversi dallo scioglimento. Sotto una diversa angolatura si può anche ricostruire concettualmente l'obbligo di devoluzione come lo strumento normativo tendente ad evitare che il patrimonio indivisibile della cooperativa sia indebitamente attribuito ai soci: tale effetto, in mancanza della devoluzione, si realizzerebbe sia attraverso il rimborso della partecipazione sociale in misura superiore al nominale, nel caso dello scioglimento; sia mediante l'attribuzione di una partecipazione sociale di valore superiore al nominale, nel caso della trasformazione o fusione con effetto trasformativo»* ⁽³⁶⁾.

Tale ultimo profilo è stato sottolineato anche dalla giurisprudenza di legittimità ⁽³⁷⁾ con riferimento al divieto di trasformazione in società ordinarie da parte delle società cooperative, sancito dall'art. 14, L. n. 127/1971, rilevandosi come esso trovi la sua *«ragione ispiratrice (...) nell'intento di prevenire possibili forme fraudolente di accesso ai benefici previsti per l'esercizio di attività mutualistiche da parte di chi, dopo*

³⁶R. GENCO, *Cooperative bancarie e obbligo di devoluzione in favore dei fondi mutualistici per la promozione cooperativa. Applicazione dell'art. 17 legge n. 388/2000*, in *Giur. comm.*, 2014, n. 2, parte II, p. 175 ss.

³⁷Cass., n. 6349/1997.

averli conseguiti, voglia destinarli ad un'attività lucrativa»; nonché dalla giurisprudenza costituzionale ⁽³⁸⁾, secondo cui la finalità di tale obbligo devolutivo sta nel «*garantire che i benefici conseguiti grazie alle agevolazioni previste per incentivare lo scopo mutualistico non siano destinati allo svolgimento di un'attività priva di tale carattere e, comunque, non siano fatti propri da coloro che ne hanno fruito*».

Nel caso che ci occupa, è evidente che:

- non si verifica la perdita di qualità di cooperativa a mutualità prevalente del soggetto titolare del patrimonio “indivisibile”;
- non si verifica l'attribuzione ai soci del patrimonio “indivisibile”, rimanendo esso in capo alla conferente con i medesimi vincoli di prima;
- non si verifica la destinazione del patrimonio “agevolato” all'esercizio dell'attività lucrativa, dal momento che la parte di patrimonio “indivisibile”, che ha fruito delle agevolazioni, rimane alla cooperativa conferente, potendo essere conferita solo la parte “divisibile” (*ergo*, comunque disponibile, poiché non formata con utili agevolati) del patrimonio della conferente.

Né, del resto, sussiste un “collegamento” tra le riserve “indisponibili” e la base imponibile del prelievo di cui si discute.

L'obbligo di devoluzione ai fondi mutualistici sussiste, infatti, ai sensi dell'art. 17, L. n. 388/2000 (e prima ancora, ai sensi dell'art. 26, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 1577/1947), relativamente al «*patrimonio effettivo in essere alla data della soppressione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati*», i quali ultimi rimangono pienamente disponibili, mentre nel caso che ci occupa il tributo è applicato su tutto il patrimonio netto.

Da qui l'ennesimo “indice” dell'assenza di un “collegamento” del tributo con l'obbligo di devoluzione.

Concludendo, dunque, su questo profilo:

³⁸Corte cost., n. 170/2008.

- a) da un lato, nella versione definitiva di cui alla Legge di conversione, il prelievo del 20% non trova più alcuna giustificazione, come nella versione provvisoria, quale meccanismo di affrancamento (*rectius*, di “*recapture*”) dei benefici fiscali goduti in precedenza, a fronte di una «riserva», originariamente «indivisibile», tuttavia diventata *civilisticamente* divisibile; la riserva indivisibile permane, infatti, in capo alla conferente con i medesimi vincoli che essa aveva prima, giungendo alla conferitaria soltanto il patrimonio “divisibile”;
- b) dall’altro, siffatto tributo non trova giustificazione neanche quale “contropartita” di una supposta “deroga” all’obbligo devolutivo, posto che il «conferimento», per come deve essere concretamente attuato nelle previsioni legislative pena il pieno dispiegarsi del suddetto obbligo devolutivo, implica il mantenimento dei fondamenti mutualistici delle BCC, con il solo “innesto” di quegli elementi capitalistici minimi funzionali al raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal legislatore, sui quale già ci siamo ampiamente soffermati in precedenza, con l’effetto di escludere di per sé la *ratio* dell’obbligo devolutivo.

5. *I profili di incostituzionalità.* - Così stando le cose, l’incostituzionalità del prelievo, dal punto di vista tributario, appariva davvero manifesta sotto almeno quattro profili.

5.1. *Violazione degli artt. 3 e 53 Cost.. Irrazionalità del prelievo.* - Il primo profilo riguarda la violazione degli artt. 3 e 53 Cost. per l’assoluta irrazionalità del prelievo.

Al fine di dimostrare tale violazione, si impone, in via preliminare, una brevissima ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia.

Come noto, se fino agli inizi degli anni ’80, la Corte ha sottolineato il profilo “soggettivo” e personale del principio di capacità contributiva, considerando la capacità

produttiva quale idoneità soggettiva a sopportare l'obbligazione di imposta ⁽³⁹⁾ e dovendo, pertanto, ogni prelievo avere causa giustificatrice in indici concretamente rivelatori di ricchezza, dai quali sia razionalmente deducibile l'idoneità soggettiva all'obbligazione tributaria, verso la metà degli anni '80 – ma in realtà se ne trovano tracce anche in sentenze precedenti – ha iniziato ad affacciarsi nella giurisprudenza della Corte un profilo “oggettivo”, per affermare la rilevanza ai fini della definizione del presupposto d'imposta di qualsiasi fatto che esprima forza economica in sé, cui conseguirebbe anche l'idoneità alla contribuzione del soggetto tassato (e che, al limite, potrebbe anche mancare del tutto). In tal senso, il concorso diviene non più un limite o una garanzia per il cittadino, bensì un criterio di ripartizione razionale e perequata dell'onere fiscale, con una sostanziale riconduzione del principio di capacità contributiva al principio di eguaglianza e la rivalutazione della “ragionevolezza” del legislatore, intesa come razionalità, coerenza, non contraddittorietà, non arbitrarietà delle sue scelte ⁽⁴⁰⁾.

In ogni caso, se sulla scelta del presupposto la Corte riconosce un'ampia discrezionalità legislativa, tale scelta condiziona, tuttavia – costituendone limite e misura – le successive scelte del legislatore in punto di elementi strutturali del tributo (base imponibile, aliquota, ecc.), che con essa devono essere “coerenti” ⁽⁴¹⁾.

Particolarmente significativa, per l'ampio respiro e la vocazione “programmatica” che essa rivela, è la richiamata sentenza n. 288/2019, in tema di addizionale Ires per gli enti creditizi e finanziari, secondo cui *«in un contesto complesso come quello contemporaneo, dove si sviluppano nuove e multiformi creazioni di valore, il concetto di capacità contributiva non necessariamente deve rimanere legato solo a indici tradizionali come il patrimonio e il reddito, potendo rilevare anche altre e più evolute*

³⁹Corte cost., n. 97/1968: «vi è soggezione all'imposizione solo quando sussista una disponibilità di mezzi economici che consenta di farvi fronte»; n. 91/1972; n. 200/1976.

⁴⁰Corte cost., nn. 288/2019; 249/2017; 162/2008; 156/2001. Sia consentito rinviare a G. MELIS, *Capacità contributiva (principio di)*, in “Digesto discipline pubblicistiche - VII agg.”, Torino, UTET, 2017, p. 106 ss.

⁴¹Così, se l'IRES assume quale presupposto il possesso di un reddito complessivo netto, allora l'IMU deve essere deducibile: Corte cost., n. 262/2000.

forme di capacità, che ben possono denotare una forza o potenzialità economica».

Chiaro è il riferimento alle ben note tesi della capacità contributiva quale “limite relativo”, che ragionano nella logica dell’art. 3 Cost., sposando un’ottica meramente distributiva, ritenendo che siano espressivi di capacità contributiva tutti quei fatti o quelle situazioni che siano in grado di modificare la posizione del consociato all’interno dell’ordinamento e che quindi possano essere soggetti passivi d’imposta anche coloro che pongono in essere presupposti socialmente rilevanti, purché espressivi di una capacità differenziata economicamente valutabile.

Al tempo stesso, come ricorda la sentenza n. 288/2019, se il dovere tributario è inderogabile dovere di solidarietà, perché *«il prelievo fiscale è essenziale (...) alla vita dello Stato, ma soprattutto in quanto esso è preordinato al finanziamento dei diritti costituzionali, i quali richiedono ingenti quantità di risorse per divenire effettivi»*, è anche vero che esso *«si giustifica solo nella misura in cui il sistema tributario rimanga saldamente ancorato al complesso dei principi e dei relativi bilanciamenti che la Costituzione prevede e consente, tra cui, appunto, il rispetto del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.). Sicché quando il legislatore disattende tali condizioni, si allontana dalle altissime ragioni di civiltà giuridica che fondano il dovere tributario, con gravi conseguenze in termini di disorientamento non solo dello stesso sviluppo dell’ordinamento, ma anche del relativo contesto sociale»*.

Sussiste, dunque, l’esigenza di operare uno scrutinio assai rigoroso dell’aderenza di ciascun tributo ai parametri fissati dalla Costituzione ⁽⁴²⁾.

Particolarmente rilevante in chiave ricostruttiva è, infine, la nota vicenda della c.d. “Robin Hood Tax” applicata a carico delle imprese operanti nei settori petrolifero, del gas ed energetico ⁽⁴³⁾, mossa dalla finalità di sottrarre a produttori e venditori di

⁴²G. FRANSONI, *Un’importante sentenza della Corte costituzionale sulla legittimità delle discriminazioni qualitative*, p. 2, reperibile all’indirizzo <https://fransoni.it/argomenti/unimportante-sentenza-della-corte-costituzionale-sulla-legittimita-delle-discriminazioni-qualitative/>.

⁴³Art. 81, commi 16-18 della L. n. 133/2008.

energia da fonti fossili i margini di profitto extra (c.d. «guadagni di congiuntura») ascrivibili a condizioni di mercato opportunistiche e speculative.

Si tratta di disciplina dichiarata incostituzionale con sentenza n. 10/2015, sia pure evidenziando anche l'esistenza di una maggiore capacità contributiva del settore economico interessato, che ha posto e pone tuttora rilevanti problemi sul piano teorico, da un lato dovendosi scrutinare la ragionevolezza della *ratio* individuata dal legislatore e la corrispondenza ad essa della struttura del tributo e dall'altro, e più in generale, dovendosi verificare la legittimità costituzionale di una discriminazione qualitativa intersoggettiva all'interno della stessa categoria di redditi (per aree economiche o per tipologia di contribuenti).

Ebbene, la Consulta ha ritenuto che una "discriminazione" possa dirsi assistita da "adeguate giustificazioni":

i) nella "misura" ⁽⁴⁴⁾ e nei limiti (anche temporali) in cui sussista una peculiare e differenziata capacità contributiva di un determinato settore economico ⁽⁴⁵⁾ o di una o più categorie reddituali rispetto ad altri ⁽⁴⁶⁾, oppure

ii) ove semplicemente funzionale al perseguimento di determinate finalità extra-fiscali, anche derivanti dal contesto normativo generale in cui l'intervento censurato si colloca, idonee a prevalere nel giudizio di bilanciamento ⁽⁴⁷⁾.

Non costituisce, invece, giustificazione adeguata la mera temporaneità dell'imposizione (Corte cost., n. 288/2019).

Tanto premesso, anche collocandosi nell'impostazione meno garantista ormai recepita dalla giurisprudenza costituzionale, risulta palese l'illegittimità costituzionale del tributo di cui si discute, per via dei numerosi elementi di "irrazionalità" che esso

⁴⁴Ad es., "isolando" gli extraprofiti dai profitti ordinari, sempreché il tributo sia finalizzato a tassare detti extraprofiti: Corte cost., n. 288/2019.

⁴⁵Corte cost., n. 10/2015; n. 288/2019.

⁴⁶Corte cost., n. 42/1980, relativa all'illegittima inclusione dei redditi di lavoro autonomo nel presupposto dell'ILOR, in quanto per sua natura destinato a discriminare qualitativamente tra redditi da lavoro e redditi derivanti da altre fonti.

⁴⁷Corte cost., nn. 288/2019; 201/2014; 21/2005.

presenta, senza che si possa opporre alcun elemento di segno contrario nel giudizio di “bilanciamento”.

Non v'è infatti dubbio che il tributo sia palesemente irrazionale nella misura in cui risulta privo di qualsivoglia *ratio* giustificatrice.

Come si è dimostrato, il tributo non trova più alcuna giustificazione, come nella versione originaria, quale meccanismo di affrancamento (*rectius*, di “recapture”) dei benefici fiscali goduti in precedenza, a fronte di una «riserva», originariamente «indivisibile», tuttavia diventata *civilisticamente* divisibile per effetto della trasformazione in S.p.a..

Nella soluzione “definitiva” risultante dalla Legge di conversione viene meno, infatti, l'opzione della trasformazione e detta “riserva” rimane in capo alla conferente e vi rimane con i medesimi vincoli di indisponibilità che essa aveva prima. Alla conferitaria giunge pertanto solo il patrimonio “divisibile”. Il patrimonio “detassato” rimane nella conferente e vi rimane con i medesimi vincoli mutualistici che vi aveva in precedenza.

Rilevata, dunque, l'assenza di una “specificata” motivazione tributaria, occorre verificare se, nel complesso, sussistano “adeguate giustificazioni”, indagando se:

i) tale tributo si conformi alla *ratio* del provvedimento in cui si esso si colloca;
e/o se esso risulti espressione di una “differenziata” capacità contributiva di un determinato settore economico o di determinati soggetti;

ii) e/o se esso sia semplicemente funzionale al perseguimento di determinate finalità *extra*-fiscali, anche derivanti dal contesto normativo generale in cui l'intervento censurato si colloca, idonee a prevalere nel giudizio di bilanciamento.

Si tratta di una serie di condizioni che vanno tutte verificate, al fine di avere una visione “complessiva” dell'intervento legislativo, poiché, come pure rilevato dalla sentenza n. 288/2019 «è necessario considerare l'insieme degli interventi legislativi che hanno complessivamente accompagnato quello censurato, il quale deve essere collocato nel contesto di una riforma (anch'essa, per certi versi, di carattere sistemico) che ha

prodotto significativi effetti compensativi in riferimento ai soggetti passivi della nuova imposta», in altre parole se sussistano «elementi che contestualizzano, ridimensionandone l'impatto, l'intervento fiscale censurato».

Il primo elemento da verificare attiene alla *ratio* del provvedimento normativo generale in cui tale prelievo si colloca.

Come rilevato, l'intervento si proponeva quale obiettivo principale quello di assicurare alle BCC una dotazione patrimoniale elevata e la possibilità di ricorrere in modo rapido ed agevole al mercato, oltre che di indirizzare i soggetti vigilati verso l'adozione di "assetti" ritenuti più funzionali per l'efficace esercizio dell'attività di supervisione.

E' palese, allora, come un tributo del 20% sul patrimonio netto collida frontalmente con tale obiettivo generale, avendo rilevato, come visto, la stessa Banca di Italia – a proposito del medesimo prelievo originariamente previsto, peraltro su una base imponibile (le riserve indivisibili) meno ampia di quella assunta dal tributo di cui discute (l'intero patrimonio netto) – la necessità di valutare *«attentamente gli impatti attuali e prospettivi dell'imposta di affrancamento sulla posizione patrimoniale e sulla redditività delle banche risultanti dalla trasformazione»*, i *«seri ostacoli normativi e prudenziali»*, le *«possibili situazioni di crisi da gestire unicamente mediante la procedure di liquidazione coatta amministrativa»*, la necessità di *«verificare in modo rigoroso la capacità della nuova banca, privata di un ammontare consistente di risorse patrimoniali, di stare sul mercato rispettando tutti i requisiti di capitale, di liquidità, organizzativi e la qualità degli assetti proprietari»*.

Il tributo non trova neanche giustificazione neanche quale "compensazione" di una presunta "deroga" all'obbligo devolutivo.

Si è infatti dimostrato che il «conferimento», per come deve essere attuato in concreto nelle previsioni del legislatore pena il pieno dispiegarsi del suddetto obbligo devolutivo, implica il mantenimento dei fondamenti mutualistici delle BCC, con il solo

“innesto” di quegli elementi capitalistici minimi ritenuti funzionali al raggiungimento dell’obiettivo perseguito dal legislatore, sui quale già ci siamo ampiamente soffermati in precedenza.

Il tributo non denota neanche alcuna “differenziata capacità contributiva” della società conferente, né prevede futuri vantaggi di carattere fiscale in capo alla conferente e/o alla conferitaria.

Con la nuova disciplina non sussiste, infatti, alcun elemento di “vantaggio” né per gli utili futuri, né per gli utili passati.

Quanto agli utili futuri, a seguito del conferimento, gli utili della S.p.a. derivanti dall’esercizio dell’attività bancaria saranno tassati in via ordinaria, per poi rifluire “a cascata” sulla società conferitaria e rimanere soggetti agli stessi vincoli di “indisponibilità” sussistenti in precedenza.

Ciò comporta, peraltro, un sensibile incremento della tassazione rispetto alla precedente situazione. In precedenza, infatti, era possibile evitare la tassazione destinando tutti gli utili a riserva indivisibile. Adesso, invece, gli utili sconteranno, per il loro intero ammontare, la tassazione ordinaria, mentre solo gli utili al netto del tributo IRES confluiranno tra le riserve “indivisibili” della conferente-partecipante. Nessun miglioramento, dunque, semmai un peggioramento.

Ciò è particolarmente rilevante ai fini della giurisprudenza costituzionale, tenuto conto che, nel caso dell’addizionale IRES sulle banche, un fattore “contestuale” atto a risolvere il bilanciamento in senso favorevole al legislatore, è stato individuato proprio nel trattamento migliorativo delle perdite su crediti derivante dalle modifiche contestualmente apportate all’art. 106, TUIR.

Nessun vantaggio si verifica, ovviamente, per gli utili pregressi, che rimangono soggetti al vincolo di “indivisibilità” direttamente in capo alla cooperativa conferente, che mantiene in bilancio tale riserva.

Né al tributo può assegnarsi una legittima funzione “extrafiscale” di scoraggiare

le BCC solide dal ricorrere al meccanismo del conferimento.

Si deve infatti escludere la legittimità di un simile tributo laddove esso dovesse avere la finalità, non dichiarata, di scoraggiare le BCC ritenute sufficientemente “solide” dal ricorrere al meccanismo del conferimento anziché aggregarsi ad un «gruppo bancario cooperativo».

A tale riguardo, merita di essere menzionata la sentenza con cui la Corte costituzionale ⁽⁴⁸⁾ ha esaminato la disposizione che prevede per i dirigenti ed i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa nel settore finanziario, un prelievo addizionale del 10% sui compensi erogati sotto forma di *bonus* o di *stock options* che eccedono l'importo corrispondente alla parte fissa della retribuzione.

Infatti, ad avviso della Corte una siffatta norma deve ritenersi costituzionalmente legittima, in quanto animata dalla finalità – coerente con il coevo atteggiamento manifestatosi a livello internazionale – di contrastare quelle modalità retributive aventi l'effetto di incentivare l'assunzione di rischi eccessivi di breve termine pericolosi per la stabilità finanziaria, compiendo così una scelta tutt'altro che irragionevole o arbitraria.

Ebbene, nel caso qui in esame la scelta appare al contrario irragionevole e arbitraria.

Si è infatti rilevato *supra*, come il modello del “conferimento” possa ritenersi almeno “equiordinato” nel disegno legislativo al modello dell'adesione al gruppo bancario cooperativo e comunque rappresenta una scelta, come osserva la Cassazione nell'ordinanza di rimessione, «ritenuta legittima dalla stessa riforma».

Anzi, nel riprendere il modello ben noto della riforma Amato, il legislatore ricorre al conferimento d'azienda quale strumento “principe” per separare “funzioni” ed “obiettivi”; con la differenza, tuttavia, rispetto alla Legge Amato, di stabilire, come visto, un legame “solido”, dovendo la conferitaria esercente l'attività creditizia concorrere al pieno realizzarsi degli obiettivi mutualistici, in forza di quel rapporto con i soci della

⁴⁸Corte cost., n. 201/2014.

conferente scolpito dal legislatore con le previsioni sopra enunciate.

Pertanto, una volta che il legislatore, nella sua discrezionalità (ma evidentemente, sulla base di indicazioni dell'autorità di vigilanza), abbia differenziato tra BCC "solide" (con patrimonio netto maggiore di 200 mln di euro) e "non solide" e abbia previsto strumenti *ad hoc* per ciascuna delle indicate categorie (rispettivamente, il conferimento e l'adesione al gruppo bancario cooperativo), sarebbe del tutto irrazionale una legislazione che, surrettiziamente, imponesse a quelle "solide" di aderire anch'esse al gruppo bancario cooperativo tramite l'imposizione di un tributo che, in evidente contrasto con le finalità di rafforzamento patrimoniale di *tutte* le BCC, le indebolisse minandone le capacità espansive.

Infine, il tributo non può essere giustificato solo dalla sua "straordinarietà".

Come pure rilevato dalla Corte costituzionale, sempre con la sentenza n. 288/2019, non costituisce giustificazione adeguata la mera temporaneità dell'imposizione.

Al fine di giustificare un tributo "straordinario" devono infatti concorrere ulteriori fattori tali da fornire una giustificazione "adeguata".

Come appena visto, tali fattori sono completamente assenti nel caso in esame.

5.2.. Incostituzionalità del prelievo per disparità di trattamento. - Il secondo profilo riguarda la violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della parità di trattamento rispetto alle BCC aderenti al "gruppo cooperativo bancario"

Si è appena visto come il principio di ragionevolezza non esaurisca la propria operatività nell'ambito del giudizio "ternario" (*tertium comparationis*) tipico della disparità di trattamento, dunque all'interno dell'art. 3 Cost., assumendo una portata autonoma, intesa quale intrinseca ragionevolezza delle scelte legislative, divenendo pertanto operativo anche in relazione a parametri costituzionali diversi (nella specie, l'art. 53 Cost.).

Venendo, invece, al suo ambito “elettivo”, è noto come sin dalle sue prime pronunzie, la Corte costituzionale abbia affermato come il principio di eguaglianza formale imponga di trattare in modo uguale situazioni uguali e in modo disuguale situazioni diverse, dovendosi prevedere trattamenti fiscali differenziati per ricchezze diverse⁽⁴⁹⁾.

Il principio di eguaglianza esprime così il limite “relativo” del principio di capacità contributiva, come giustificazione della diversa contribuzione imposta a taluni consociati rispetto ad altri e giustificata razionalmente dalla sussistenza di differenti sintomi di capacità contributiva.

Questa valutazione spetta al legislatore ed è sindacabile dalla Corte solo in caso, appunto, di sua irragionevolezza.

Così stando le cose, è evidente che la norma censurata si presti a critiche insuperabili nel momento in cui riserva siffatta imposizione alle sole BCC che abbiano optato per il modello «conferimento», e non anche per quelle che abbiano optato per il modello «adesione al gruppo bancario cooperativo».

Come ampiamente esaminato *supra*, in entrambi i modelli coesistono elementi mutualistici e capitalistici. Il modello “conferimento” si sostanzia nel diretto possesso – e non nella sua *eterodirezione*, come nel modello del gruppo cooperativo bancario – da parte della S.p.a. dell’azienda bancaria oggetto del conferimento della conferitaria, che tuttavia rimane una cooperativa a mutualità prevalente a tutti gli effetti, con tutti i *vincoli* propri della forma cooperativa.

La BCC “conferente”, infatti: permane in vita quale soggetto “autonomo”; si obbliga a mantenere tutte le clausole statutarie proprie della mutualità prevalente di cui all’art. 2514 c.c.; “mantiene” altresì le riserve indivisibili, giungendo pertanto alla conferitaria solo quanto *divisibile* del patrimonio; si obbliga ad assicurare la c.d. “*gestione di servizio*”; mantiene i suoi stessi soci così come l’intera partecipazione nella

⁴⁹Corte cost., n. 3/1957; anche n. 120/1972 e n. 143/1995.

S.p.a. conferitaria, risultando destinataria della totalità dei relativi utili, i quali, in virtù delle clausole di mutualità prevalente, subiranno lo stesso vincolo di “indivisibilità” degli utili precedentemente prodotti in via diretta. Obblighi, come visto, assistiti dalla specifica “sanzione” di devoluzione del patrimonio.

In tal modo, lo scopo mutualistico – vuoi nel caso del possesso dell’azienda in capo alle BCC pur “eterodirette” dalla capogruppo, vuoi nel caso di possesso dell’azienda in capo alla conferitaria, pur interamente partecipata dalla cooperativa conferente soggetta ai vincoli mutualistici appena indicati – permane, poiché lo scopo “mutualistico” non viene sostituito dal fine di arricchire i soci, dividendo tra di essi un profitto.

Si tratta, dunque, di situazioni omogenee, sicché se al mutare del “modello” di operatività deve accompagnarsi un (pur, come visto, in sé palesemente irrazionale) tributo, questo dovrebbe riguardare tutte le fattispecie “ibride”, e non solo quella relativa al modello “conferimento”. Da qui dunque la violazione dell’art. 3 Cost..

5.3. Incostituzionalità per violazione dell’art. 41 Cost. - Il terzo profilo, sempre nell’ottica fiscale, riguarda la violazione del principio di concorrenza ex art. 41 Cost..

La recente giurisprudenza di legittimità costituzionale ha evidenziato un profilo di violazione della concorrenza conseguente a trattamenti fiscali discriminatori.

Si tratta del caso dell’imposta sostitutiva sui mutui, dove, considerata la natura eccezionale delle norme di agevolazione e negando per l’effetto l’integrazione analogica che pur l’applicazione di altri principi costituzionali avrebbe giustificato, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., richiedendo una pronuncia additiva stante il fondamento (*ratio*) dell’agevolazione comune al caso non espressamente regolato⁽⁵⁰⁾, cui si sono aggiunti, per quanto qui specificamente di interesse, profili relativi alla libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost.

⁵⁰Corte cost., n. 111/2016; n. 120/2020.

traducendosi l'esclusività dell'agevolazione in una distorsione della concorrenza nello specifico settore interessato ⁽⁵¹⁾.

In particolare, si verteva dell'applicabilità dell'imposta sostitutiva sui finanziamenti a medio e lungo termine (art. 15, d.p.r. n. 601/1973), espressamente riferita alle "aziende o istituti di credito" (e "loro sezioni o gestioni"), anche agli "intermediari finanziari".

La Consulta – confermando la natura eccezionale delle norme di agevolazione – ha ritenuto che tale esclusione fosse irrazionale. Poiché, infatti, la *ratio* del beneficio è di favorire investimenti produttivi, tale elemento deve ritenersi "comune" alle fattispecie poste a confronto.

Ebbene, la Corte ha ravvisato in tale circostanza anche una violazione dell'art. 41 Cost., rinvenendo nell'esclusività del beneficio fiscale una chiara discriminazione a danno degli intermediari finanziari e una distorsione della concorrenza nello specifico settore.

Rileva, infatti, la Corte che «*la discriminazione nel conferimento dell'agevolazione fiscale pone obiettivamente in essere un'irragionevole e immotivata deroga al principio di eguaglianza e una contestuale violazione dell'art. 41 Cost. sotto il profilo della libertà di concorrenza, una delle manifestazioni della libertà d'iniziativa economica privata (sentenza n. 94 del 2013). Peraltro, anche il nono "considerando" della direttiva 15 marzo 1993, n. 93/6/CEE (Direttiva del Consiglio relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi), afferma che «in un mercato comune finanziario gli enti, a prescindere dal fatto che siano imprese di investimento o enti creditizi, sono direttamente concorrenti tra di loro». Essendo di palmare evidenza la coincidenza oggettiva dei prodotti offerti, l'esclusività del beneficio fiscale attribuito alle operazioni di finanziamento poste in essere dalle banche costituisce, dunque, una discriminazione a danno degli intermediari finanziari e una distorsione della concorrenza*

⁵¹Corte cost., n. 242/2017.

nello specifico settore. Tale beneficio assicura ai prodotti offerti dalle banche un indebito vantaggio, in termini di appetibilità finanziaria, rispetto a quelli degli intermediari, che risultano gravati da maggiori oneri fiscali inevitabilmente ricadenti sul cliente e – per ciò stesso – influenzanti le sue scelte».

Se, dunque, una minore imposizione “ingiustificatamente” a favore solo dell’uno, si risolve in un pregiudizio alla “concorrenza” a sfavore dell’altro, così – *mutatis mutandis* – anche una maggiore imposizione “ingiustificatamente” a sfavore dell’altro si risolve nel medesimo pregiudizio, con vantaggio a favore dell’uno.

Nel caso che ci occupa, una volta dimostrato che il modello “gruppo bancario cooperativo” e il modello “conferimento” devono ritenersi equiordinati, è chiaro che l’imposizione del tributo alle sole BCC “solide” che abbiano legittimamente optato per il modello “conferimento”, falcidiandone il patrimonio netto, si è risolto in un grave pregiudizio alla loro capacità espansiva, a tutto favore delle altre BCC che siffatto pregiudizio non hanno subito, con rilevanti effetti sulla concorrenza.

Da qui l’assoluta correttezza dell’affermazione dei giudici rimettenti laddove hanno rinvenuto «*un vulnus al principio della concorrenza anche in relazione alla capacità di erogare credito da parte dell’azienda di nuova formazione*».

5.4. *Incostituzionalità per violazione dell’art. 45 Cost.* - Il quarto profilo riguarda la violazione dell’art. 45 Cost.

Presupposto di tutto è che la società conferente, come più volte rilevato, conserva tutte le caratteristiche proprie di una cooperativa a mutualità prevalente tali da garantire la c.d. “gestione di servizio” e l’indivisibilità delle riserve, rimanendo dunque ferma l’assenza di fini di speculazione individuale da parte del singolo socio, vale a dire il c.d. “lucro soggettivo”, che, secondo la pacifica dottrina, costituisce

l'essenza dell'art. 45 Cost. ⁽⁵²⁾.

Ebbene, non vi è chi non veda come il tributo della cui legittimità si discuteva si traduca: *i)* da un lato, in una misura (fiscale) sfavorevole all'esercizio delle attività in forma di cooperativa a mutualità prevalente; *ii)* dall'altro, nella sostanziale destinazione alle casse erariali di somme – quelle relative alle riserve indivisibili “assorbite” dal prelievo di cui trattasi – altrimenti destinate ai fondi mutualistici.

Quanto al primo profilo, non v'è dubbio che l'imposizione “singolare” di cui trattasi finisca per incidere sull'esercizio dell'attività bancaria da parte di un soggetto che, unitariamente considerato, conserva la sua natura di cooperativa a mutualità prevalente, mai potendo i relativi “utili” attribuirsi ai soci e rimanendo il “contatto” tra soci ed attività bancaria – la c.d. “gestione di servizio” - grazie ai vincoli imposti dal legislatore.

Sotto questo profilo, non può che condividersi quanto rilevato nell'ordinanza di rimessione laddove essa afferma che il tributo «*sembra porsi in diretto contrasto con lo stesso riconoscimento costituzionale della funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata*», trattandosi di un'attività in cui «*pur a seguito delle modifiche statutarie intervenute per effetto del conferimento dell'azienda bancaria nella società per azioni di nuova costituzione, permane il riferimento alla funzione sociale costituzionalmente riconosciuta alla cooperazione a carattere di mutualità, senza fini di speculazione privata*» (par. 20.2).

Con il paradosso che il giudizio di “bilanciamento” tra l'art. 45 e l'art. 53 Cost., anziché servire, come di regola, a “giustificare” un'agevolazione fiscale a favore del settore cooperativo, viene qui addirittura stravolto dall'introduzione di un tributo *ad hoc* in occasione della “transizione” ad un regime voluto dallo stesso legislatore nel solco degli obiettivi di stabilità e *governance* sopra delineati. In altri termini, non solo

⁵²I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, cit. p. 48, ove ampi richiami dottrinali.

non lo *favorisce*, ma addirittura lo *sfavorisce*.

La dottrina tributaria che con maggior fecondità ha approfondito il tema delle cooperative, ha peraltro rilevato che la deducibilità delle riserve indivisibili prevista dall'art. 12, L. n. 904/1977 abbia il «*compito di evitare un prelievo su somme destinate a permanere a livello societario e non a trasferirsi sui soci*», dovendosi dunque qualificare come «*un'esclusione: un abbattimento del prelievo dipendente da ragioni strutturali e di sistema, in quanto applicato nei confronti di somme non destinate a riversarsi nella sfera patrimoniale del socio*» e che tuttavia «*può considerarsi tale fintantoché sussista l'assoluta indisponibilità ed indivisibilità di dette riserve*»⁽⁵³⁾. La non imponibilità delle riserve viene, infatti, sempre inscindibilmente legata alla condizione di indisponibilità delle stesse. Sicché, con questo prelievo abnorme, nella misura del 20% del patrimonio netto – dunque, una base imponibile ancor maggiore delle mere riserve a suo tempo oggetto di agevolazione – la detassazione fruita nel passato viene di fatto integralmente azzerata, colpendo «al cuore» la cooperativa nella sua stessa essenza non (soggettivamente) lucrativa.

Quanto al secondo profilo, va rilevato che il comma 3-*quater*, anch'esso investito dalla questione di legittimità costituzionale, prevede che le riserve “indivisibili” debbano essere ricostituite in bilancio «*al netto del versamento di cui al comma 3-ter*».

In altri termini, il tributo straordinario prelevato finisce per sostanziarsi in una ablazione delle riserve c.d. “indivisibili”, per tutta la parte di esse che trova capienza.

Il legislatore, dunque, con una mano “assegna” le riserve “indivisibili” alla conferente, evitando che il patrimonio “indivisibile” affluisca alla conferitaria e con l'altra mano invece lo preleva, nella misura del 20% della più ampia base imponibile prevista, a proprio favore, sottraendolo alla sua destinazione mutualistica naturale.

Ne risulta, dunque, leso anche il sistema cooperativistico nel suo complesso.

⁵³F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, p. 268 e 274.

6. *La sentenza n. 149/2021 e la sua fallacia argomentativa.* - Le considerazioni che precedono consentono di cogliere i vizi dell'intero ragionamento condotto dalla Consulta nella pronuncia n. 149/2021 con riferimento al prelievo di cui trattasi, la cui *ratio* ultima viene individuata dalla Corte nel costringere queste ultime a ... rinunciare all'alternativa ed aderire anch'esse al gruppo cooperativo onde non far fallire il disegno legislativo, ritenendo tale obbligo giustificato dalla «*preoccupazione del legislatore di preservare comunque la centralità strategica dell'adesione al gruppo bancario cooperativo e di circoscrivere il rischio di depotenziamento della riforma*».

In primo luogo, la Corte travisa completamente la *ratio* sottostante la devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici, considerato dalla Corte quale effetto "naturale" della mancata adesione al gruppo bancario e dell'avvenuto conferimento, in particolare laddove afferma che «*il versamento al bilancio dello Stato si configura, per le BCC con patrimonio netto sopra soglia, come il "prezzo" da pagare per avvalersi dell'opportunità offerta dall'ordinamento di non aderire a un gruppo bancario cooperativo senza per questo devolvere il patrimonio ai fondi mutualistici*» (par. 4).

Così facendo, infatti, la Consulta ignora la pacifica circostanza della permanenza del vincolo di indivisibilità delle riserve, che non avrebbe comportato *di per sé* alcuna devoluzione del patrimonio ai fondi mutualistici, conseguenza naturale, quest'ultima, semmai della possibilità, offerta a tutte le BCC nella versione originale, di trasformarsi in S.p.a.. Là era infatti stata prevista una "deroga" a tale naturale obbligo di devoluzione, prevedendosi la possibilità di "conservazione" di tali riserve, fermo tuttavia restando il loro "affrancamento" (*rectius, recapture*) al 20 per cento per "recuperare" le imposte non precedentemente versate sugli utili che avevano concorso alla sua formazione.

Nel regime oggetto di scrutinio, invece, come sopra rilevato, a fronte della continuità di "causa mutualistica" nel soggetto conferente e della permanenza presso quest'ultimo delle riserve indivisibili, la mancata devoluzione del patrimonio netto ai

fondi mutualistici appare fisiologica, proprio perché non si realizza alcuna fattispecie traslativa degli effetti del vantaggio fiscale, nel rispetto della regola della indivisibilità. Sotto questo profilo, anche l'espressione "way out", ripetutamente utilizzata dalla Consulta nella sentenza n. 149/2021, non è pienamente corretta, rappresentando l'unico vero "way out" la trasformazione in s.p.a. originariamente prevista e poi venuta meno, ben diversa dal conferimento *sui generis* qui attuatosi e in cui aspetti mutualistici e capitalistici convivono tra di loro.

Pertanto, questa prima argomentazione è errata, tanto più che la stessa Corte lo riconosce due periodi dopo, laddove afferma l'esatto contrario, ovvero sia che «*la circostanza che la conferente continui a perseguire uno scopo mutualistico (...) giustifica fra l'altro l'esclusione dell'obbligo di devoluzione dell'intero patrimonio ai fondi mutualistici*»⁵⁴).

Il vero scopo del prelievo, secondo la Corte, è tuttavia un altro, cioè quello di contribuire «*attraverso la forza disincentivante dell'obbligo di versamento*» alla «*realizzazione dell'obiettivo generale di garantire la solidità patrimoniale delle BCC e di superarne il deficit competitivo*», consentendo però a quelle «*con maggiori livelli patrimoniali, e quindi più in grado di operare con autonomia nel mercato, di scegliere una formula alternativa che consenta comunque la prosecuzione dell'attività bancaria*».

Il ragionamento della Corte è stavolta contraddittorio: il legislatore avrebbe infatti perseguito lo scopo di garantire la "solidità patrimoniale" delle BCC, avrebbe poi individuato quelle con maggiori livelli patrimoniali (con un patrimonio di almeno 200 mln, comunque inferiore al valore minimo di 1 mld richiesto per le aggregazioni)

⁵⁴Salvo poi errare nuovamente nella parte conclusiva della sentenza laddove afferma che «*Né a diverse conclusioni si può pervenire configurando la devoluzione patrimoniale come una sorta di sanzione per il mancato versamento di un'imposta, ciò che non farebbe venir meno l'obbligo di pagare la somma dovuta (e quindi la possibilità del suo recupero coattivo). In nessun caso infatti alla devoluzione può essere riconosciuta natura sanzionatoria, stante che l'effetto devolutivo, che si produce in tutte le ipotesi di inosservanza degli «obblighi» indicati al citato comma 3-quater, altro non è che la conseguenza della riespansione della regola generale dettata dall'art. 150-bis, comma 5, t.u. bancario*». La "regola generale", infatti, non si può qui riespandere, per il semplice fatto che in questo conferimento *sui generis*, come dimostrato, non ne ricorrono affatto i presupposti.

suscettibili di rimanere “autonome”, ma poi le avrebbe depauperate del 20% ... di tale patrimonio, già di per sé inferiore alla massa “critica” richiesta dalle aggregazioni, indebolendone la solidità patrimoniale.

Il vero obiettivo, secondo la Corte, è in realtà uno solo: prevedere un cospicuo “prelievo” così da evitare che le BCC più grandi rimanessero autonome, facendo “fallire” il disegno del legislatore. Dunque, un “prezzo” per la libertà, anche a danno della solidità patrimoniale delle BCC “ribelli”.

Fatto sta che queste affermazioni vengono fatte dalla Corte con riferimento alla censura riguardante la violazione dell’art. 45 Cost., con ciò di fatto non attribuendo alcun peso al fatto che la BCC “ribelle” conservi tutte le caratteristiche proprie di una cooperativa a mutualità prevalente tali da garantire la c.d. “gestione di servizio” e l’indivisibilità delle riserve, rimanendo dunque ferma l’assenza di fini di speculazione individuale da parte del singolo socio, vale a dire il c.d. “lucro soggettivo”, che, secondo la pacifica dottrina, costituisce l’essenza dell’art. 45 Cost. ⁽⁵⁵⁾.

Sicché, ciò che la Corte di fatto fa, è affermare che questo “modello” alternativo non persegue affatto finalità cooperative, posto che «*il ben diverso obbligo di assicurare ai propri soci i “servizi funzionali al mantenimento del rapporto con la società per azioni conferitaria” non garantirebbe «agli stessi soci i medesimi vantaggi cooperativi», comportando tale soluzione «l’uscita dell’impresa bancaria da tale settore e la sua continuazione in forma di spa», cui la conferente «esternalizza l’attività creditizia».*

Affermazione, questa, che contrasta con quanto rilevato *sub par.* 3 in ordine alla convivenza di aspetti mutualistici e capitalistici in entrambi i modelli e, comunque, non giustificando in ogni caso l’eventuale misura del diverso *mix* l’abnorme prelievo previsto.

Il punto davvero eversivo della sentenza riguarda tuttavia il *dribbling* che la Corte

⁵⁵I. SABBATELLI, *La riforma delle banche di credito cooperativo*, cit. p. 48, ove ampi richiami dottrinali.

fa per (non) esaminare la censura riguardante la violazione degli art. 3 e 53 Cost..

Qui, infatti, la Corte, distaccandosi non solo dalla prospettazione del giudice rimettente, ma persino dalla tesi sostenuta dalla difesa erariale, entrambe pacifiche nell'affermare la natura tributaria del prelievo di cui si discuteva, nega addirittura la natura "coattiva" del prelievo, in quanto difetterebbe il diritto alla riscossione coattiva, non legittimando l'omesso versamento della somma il Fisco a procedere in tal senso, bensì risolvendosi direttamente nella devoluzione ai fondi mutualistici «*secondo la regola generale operante nel caso di mancata adesione della BCC al gruppo*», peraltro non finalizzata a sovvenire a pubbliche spese.

L'argomentazione è fallace sotto ogni punto di vista.

Quanto al profilo qualificatorio, non solo la riscossione coattiva viene qui assorbita dal venir meno "in radice" di qualsiasi patrimonio da escutere – conseguendo *ex lege* al mancato pagamento la devoluzione del patrimonio agli enti mutualistici! –, ma soprattutto, nella consolidata giurisprudenza della Corte, inspiegabilmente taciuta, la natura "coattiva" risiede semplicemente nell'essere il prelievo *istituito* con un atto di autorità, senza che la volontà dell'obbligato vi abbia concorso, a nulla rilevando ulteriori profili procedimentali ⁽⁵⁶⁾. La Corte confonde, dunque, la "coattività" intesa come

⁵⁶Sul punto, A. FEDELE, *La definizione del tributo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, p. 1 ss. e G. FRANSONI, *La nozione di tributo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV. (a cura di L. Perrone e C. Berliri), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Collana "Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana", Napoli, 2006, p. 123 ss. In particolare, secondo la Corte, la "prestazione imposta" è quella «stabilita come obbligatoria a carico di una persona senza che la volontà di questo vi abbia concorso» (Corte cost., nn. 4/1957, 30/1957, 47/1957, 122/1957, 36/1959, 70/1960, 55/1963), risultando irrilevante la manifestazione di volontà del destinatario di quella imposizione di richiedere il bene o il servizio in mancanza di un vero rapporto sinallagmatico (Corte cost., n. 2/1962, concernente la tassa per l'occupazione del suolo pubblico). Nessuna rilevanza assume, secondo la Corte, la denominazione della prestazione al fine di valutarne il carattere impositivo: rientrano quindi nell'art. 23 Cost. anche il "diritto di contratto" imposto a determinati soggetti dall'Ente nazionale risi (Corte cost., n. 4/1957), il "corrispettivo" dovuto all'E.N.I. dagli utenti di bombole per i servizi posti a carico dell'ente (Corte cost., n. 30/1957), il "contributo" dovuto agli enti provinciali del turismo (Corte cost., n. 47/1957); il "sovracanone" dovuto dai concessionari di grandi derivazioni dai bacini imbriferi montani (Corte cost., n. 122/1957), le "tariffe" dovute ai Comuni per le pubbliche affissioni effettuate dai privati (Corte cost., n. 36/1959), lo "sconto" sui medicinali a favore degli enti mutualistici (Corte cost., n. 70/1960). Con riferimento alla "prestazione patrimoniale" più nello specifico, la Corte ritiene che questa sia

istituzione con atto di autorità, con la realizzazione “coattiva” della pretesa tributaria.

Quanto al profilo della riscossione coattiva, a nulla sarebbe peraltro rilevata una mancata previsione espressa in tal senso, ricadendosi comunque nello strumento generale dell’ingiunzione fiscale, legittimamente utilizzabile dalle Amministrazioni (statali e non) in ogni ipotesi in cui si debba procedere al recupero di somme, certe liquide ed esigibili, aventi la più disparata natura e certamente tributaria ⁽⁵⁷⁾.

Quanto alla destinazione alle pubbliche spese, quel che qui rileva è la destinazione della somma dovuta a titolo di prelievo, e non certamente la devoluzione a terzi dell’intero patrimonio del soggetto in caso di inadempimento al pagamento di tale somma.

A ciò si aggiunge infine la conseguenza, di estrema gravità, derivante dal fatto che, mancando la “coattività”, verrebbe persino meno la natura di prestazione patrimoniale imposta, sicché il “prezzo” potrebbe essere determinato con atto

configurabile non soltanto quando l’obbligazione istituita autoritativamente consista nel pagamento di una somma di denaro, ma anche quando il sacrificio pecuniario derivi dalla riduzione di una parte dell’utile altrimenti spettante (Corte cost., n. 70/1960, concernente gli sconti sul prezzo dei medicinali imposto a produttori e farmacisti a favore degli enti mutualistici: in tal caso, la Corte valorizza, ai fini della prestazione patrimoniale imposta, la decurtazione di quell’utile che i produttori dei medicinali avrebbero conseguito se ad essi non fosse stato imposto lo sconto, escludendone la natura di mero “prezzo differenziato” o “d’imperio” in quanto regolato in modo autonomo rispetto ai prezzi di vendita al pubblico).

Non sono invece riconducibili all’art. 23 Cost. gli interventi di determinazione autoritativa di prezzi e canoni volti a tutelare le posizioni economiche più deboli, al fine di garantire un effettivo equilibrio di posizioni contrattuali. In tali casi, infatti, parametro di legittimità non è l’art. 23 Cost. bensì l’art. 41 Cost.: Corte cost., n. 30/1965, concernente la determinazione del prezzo delle sanse di oliva (secondo la Corte, “*l’art. 23 della Costituzione, il cui contenuto si esaurisce nel prescrivere una riserva di legge, non ha nessun ruolo da svolgere là dove altra norma costituzionale – e tale è il caso dell’art. 41 – nel dettare una disciplina sostanziale della fattispecie già l’accompagni con la garanzia formale della riserva di legge*”). In una sentenza più recente (Corte cost., n. 279/2006), tuttavia, con riferimento allo sconto obbligatorio sul prezzo dei farmaci rimborsati dal SSN, la Corte qualifica tale misura sia come prestazione patrimoniale imposta ai sensi dell’art. 23 Cost., sia, sulla base dell’art. 41 Cost., come una limitazione della libertà di iniziativa economica tuttavia preordinata a consentire il soddisfacimento contestuale di una pluralità di interessi costituzionalmente rilevanti (il contenimento della spesa sanitaria su tutti, in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto all’assistenza farmaceutica e comunque tale da lasciare all’imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile).

⁵⁷Cfr. A. PERSIANI, *La riscossione e il rimborso*, in G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, IV ed., Torino, 2022, p. 474 ss.

regolamentare non trovando applicazione la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost..

Una volta negata la “coattività” e, dunque, spalancato il campo all'intervento legislativo censurato, quelli che la legge definisce come “obblighi” sarebbero in realtà, secondo la Corte, *«oneri collegati all'esercizio di una determinata opzione, che la conferente è tenuta ad assolvere, ove intenda realizzare il suo interesse a non aderire a un gruppo bancario cooperativo, evitando, al contempo, di trasformarsi essa stessa in spa e di devolvere conseguentemente il proprio patrimonio ai fondi mutualistici»*. A tal fine essa richiama la sentenza n. 500/1993, riguardante tuttavia l'inconferente questione delle prestazioni poste dal legislatore in capo agli enti creditizi, “per tradizione e statuti” animati da fini di interesse pubblico e di utilità sociale, al fine di sostenere, sia pure indirettamente, le organizzazioni del volontariato – e non già per finanziare le casse pubbliche ⁽⁵⁸⁾ – e tra l'altro considerate dalla stessa pronuncia, quantitativamente, alla stregua di “limitate elargizioni” ⁽⁵⁹⁾.

A fronte di tale “onere” starebbe, secondo la Corte, il *«vantaggio per essa dell'operazione»*, in cui la conferente resta ente mutualistico e conserva una relazione qualificata con l'attività creditizia attraverso la partecipazione senza tuttavia dover confluire in un gruppo e doversi quindi assoggettare ai poteri di direzione e coordinamento di una capogruppo.

La decurtazione patrimoniale sarebbe qui provocata *«solo dallo spontaneo versamento dell'importo, eseguito dalla conferente per ottenere i vantaggi perseguiti, mentre la sua omissione non fa sorgere alcuna pretesa impositiva, semplicemente*

⁵⁸Si legge, infatti, che *«non tutte le prestazioni patrimoniali coattive, e tanto meno gli oneri, hanno natura tributaria (...). Ma ciò non esclude altre prestazioni, pur previste come obbligatorie, per essere destinate direttamente a fini sociali senza passare per i bilanci dello Stato o di enti locali, oppure come oneri collegati a determinate opzioni»*.

⁵⁹G. CORASANITI, *Riforma delle Bcc, la negazione irragionevole della natura tributaria del “prezzo” del way out*, cit., p. 17. Rileva la Corte che *«si tratta quindi di prestazioni estranee al sistema tributario, che il legislatore ha previsto a carico degli enti che liberamente esercitano la facoltà della ristrutturazione, al fine di canalizzare specificamente ad attività rivolte al volontariato un minimo di risorse che già per tradizione e statuti erano genericamente destinate a fini di utilità sociale»*.

impedendo la realizzazione dell'interesse della conferente stessa».

Insomma, secondo la Corte, si tratterebbe di un mero pagamento “spontaneo” per ottenere un determinato vantaggio (un *onere*), dimenticandosi tuttavia che anche le tasse, pacificamente considerate come “coattive”, sono provocate dalla domanda o dal comportamento del soggetto e realizzano uno scambio di utilità, tant'è che originariamente le si qualificava, appunto, come “onere”.

Non basta, infatti, dire che il pagamento, sia pure spontaneo, rappresenta il mezzo attraverso il quale l'onerato consegue, attraverso l'esercizio di una determinata opzione, il *vantaggio* desiderato, perché quando la combinazione tra mezzo, attività e vantaggio è legale e non negoziale, non si può mai parlare di onere ⁽⁶⁰⁾.

Poiché non esistono entrate pubbliche coattive diverse da tributi, sanzioni, indennità di espropriazione, prelievi forzosi ed entrate parafiscali, la qualificazione di questo prelievo come “onere condizionale” rappresenta un'invenzione allo stato puro della Corte all'evidente fine di aggirare l'altrimenti ineludibile incostituzionalità di quella – chiamiamola con il suo vero nome – “imposta” sul patrimonio netto della BCC ribelle.

Non è del resto un caso che per il versamento di questo “prezzo” mediante Modello F24 sia stato istituito un apposito “codice tributo” ⁽⁶¹⁾ e che le somme siano pacificamente confluite nel bilancio statale tra le entrate tributarie al capitolo “1200” (“entrate eventuali diverse concernenti le imposte sul patrimonio e sul reddito”).

Insomma, per l'Agenzia delle Entrate, per la Cassazione e per la stessa Avvocatura si trattava pacificamente di un “tributo”, ma nessuno tra loro si era accorto, secondo la Corte, che si trattava in realtà di un mero “onere” spontaneo, anzi essendosi

⁶⁰G. RAGUCCI, *Quando la riforma inespica pericolosamente sulla nozione di tributo*, cit.

⁶¹Cfr. Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 43/E del 30 maggio 2016, ove si legge: «Tanto premesso, per consentire di effettuare il versamento, tramite modello F24, dell'importo previsto dal citato comma 3-ter dell'articolo 2 del d.l. n. 18/2016, si istituisce il seguente codice tributo: “1200” denominato “Quota del 20 per cento del patrimonio netto al 31 dicembre 2015 delle banche di credito cooperativo – art. 2, comma 3-ter, d.l. n. 18/2016”. In sede di compilazione del modello F24, il suddetto codice tributo è esposto nella sezione “Erario”, in corrispondenza delle somme indicate nella colonna “importi a debito versati”; il campo “anno di riferimento” è valorizzato con l'anno in cui è effettuato il conferimento, nel formato “AAAA”.

persino formato, secondo la Consulta, un giudicato interno sulla giurisdizione tributaria, nessuno mai avendola eccepita.

Ma sempre *sub* art. 53 Cost. la Corte travisa anche l'argomento storico, connesso alla circostanza che, mentre nella versione originaria si prevedeva un'imposta del 20% a fronte della trasformazione in spa con conseguente affrancamento delle riserve indivisibili (una sorta di *recapture*), un pari prelievo, pur diversamente denominato, era rimasto nonostante il rinnovato vincolo di indivisibilità.

All'affrancamento delle riserve sarebbe infatti seguito, secondo la Corte, un esercizio diretto dell'impresa bancaria in forma di spa (e non già "vincolato", come nella specie); sicché è errato affermare che il medesimo prelievo si giustifica adesso sol perché l'esercizio dell'attività bancaria viene ... "esternalizzato".

Se così fosse, infatti, la versione "originaria" avrebbe dovuto prevedere due prelievi, l'uno per l'affrancamento delle riserve, divenute liberamente distribuibili; l'altro per l'esercizio in forma puramente "capitalistica" dell'attività bancaria.

Secondo la Corte, dunque, nel meno ... sta il più.

7. In conclusione, un tale sovvertimento delle consolidate categorie giuridiche ed un tale lettura errata del sistema normativo non possono che spiegarsi se non con la volontà della Consulta di voler affermare un messaggio "dirigistico", costi quel che costi: in ultima analisi, il "prezzo" cui allude la Corte è proprio quello della libertà (peraltro "condizionata") di impresa, sottratto ad ogni garanzia costituzionale.

Ma è proprio l'impostazione dirigistica in uno con l'inconsistenza degli argomenti adottati a giustificazione del prelievo ad aprire nuove prospettive di difesa alla BCC "ribelle" sul duplice fronte unionale e della CEDU.

Sotto un primo profilo, nel momento in cui la Corte àncora la *ratio* del prelievo all'avvenuto "sganciamento" dal sistema cooperativo bancario, quest'ultimo finisce con il dover essere irrimediabilmente collegato all'operazione di "conferimento" da cui esso

necessariamente consegue: il che spalanca le porte alla violazione della direttiva n. 69/335/Cee del 17 luglio 1968, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitale, successivamente recepita nella direttiva n. 2008/7/CE, traducendosi in una forma di prelievo con effetti economicamente equivalenti a quello di un'imposta sui conferimenti e prelevata *una tantum* in tale occasione.

Sotto un secondo profilo, l'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, che tutela il diritto di proprietà disponendo che «*ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni*», contiene al secondo periodo del primo paragrafo e al secondo paragrafo norme che autorizzano la limitazione di tale diritto. In base al secondo periodo del primo paragrafo la privazione della proprietà – esproprio o nazionalizzazione – è sottoposta al rispetto di determinate condizioni, ovvero che sussista una «*causa di pubblica utilità*» e che ciò avvenga «*nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale*». Il secondo paragrafo, poi, consente agli Stati di comprimere il diritto di proprietà per «*porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende*». È chiaro dunque che l'avvenuta esclusione della natura tributaria dell'abnorme prelievo di cui trattasi, a favore di una norma di carattere fondamentalmente “sanzionatorio” per coloro che, pur autorizzati dalla stessa legge a rimanere autonomi per avere una dimensione già giudicata sufficiente per operare sul mercato, mettessero potenzialmente a repentaglio il disegno legislativo, spalanca le porte all'applicazione dell'art. 1 cit..

La partita, dunque, è tutt'altro che chiusa.

Giuseppe Melis

*Ordinario di Diritto tributario
nell'Università Luiss Guido Carli*