

Nota a sentenza
CORTE COSTITUZIONALE
n.170 del 23 maggio 2008

Salvatore Rizzo
Assegnista di Ricerca
nell'Università di Siena

CORTE COSTITUZIONALE, sentenza n.170 del 23 maggio 2008 – BILE *Presidente* – TESAURO *Redattore* Fondosviluppo S.p.a. c. Veneto Banca Soc. Coop. a. r.l.

Leggi di interpretazione autentica – Qualificazione - Applicazione – retroattività – Esclusione – Portata innovativa.

(Legge 23 dicembre 2000, n. 388, art. 17).

I. La disposizione, come questa Corte ha affermato, è interpretativa qualora esistendo una oggettiva incertezza del dato normativo ed un obiettivo dubbio ermeneutico, sia diretta a chiarire il contenuto di preesistenti norme, ovvero ad escludere o ad enucleare uno dei significati tra quelli plausibilmente ascrivibili a queste. Il legislatore può emanare norme che precisino il significato di preesistenti disposizioni anche se non siano insorti contrasti giurisprudenziali, ma sussista comunque una situazione di incertezza nella loro applicazione, essendo sufficiente che la scelta imposta rientri tra le possibili varianti di senso del testo interpretato e sia compatibile con la sua formulazione.

II. Il carattere interpretativo della disposizione censurata comporta che essa si è saldata a norme precedenti intervenendo sul significato normativo di queste, dunque lasciandone intatto il dato testuale ed imponendo una delle possibili opzioni ermeneutiche già ricomprese nell'ambito semantico della legge interpretata, in modo che il suo sopravvenire non ha fatto venire meno le norme interpretate, in quanto le disposizioni si sono congiunte dando luogo ad un precetto unitario.

(I – II) La vicenda processuale.

La Veneto banca s.c.a.r.l. verso la fine degli anni novanta aveva acquisito tramite un'operazione di fusione per incorporazione, autorizzata dalla Banca d'Italia *ex art. 36 Tub*, la Banca di credito cooperativo del Piave e di Livenza. Poco tempo dopo la conclusione dell'operazione, la Fondosviluppo s.p.a., nella sua

qualità di gestore del fondo mutualistico a cui aderiva la b.c.c. incorporata, citava in giudizio innanzi al Tribunale di Treviso la banca incorporante per chiederne la condanna al pagamento di una somma quale patrimonio residuo della predetta b.c.c., sul presupposto che quest'ultima, avendo ormai perso i requisiti mutualistici, ai sensi dell'art. 26 del d.l.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577 (1) e dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 (2) - per come autenticamente interpretati dall'art. 17 della l. 23 dicembre 2000 n. 388 (3) (legge finanziaria per il 2001) - avesse l'obbligo di devolvere al fondo mutualistico il proprio patrimonio residuo, dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati.

Nel giudizio si costituiva la banca convenuta la quale, contestando la fondatezza della domanda, eccepeva l'illegittimità costituzionale del citato art. 17 l. n. 388/2000 sul presupposto che quest'ultimo non si fosse limitato ad interpretare ma, al contrario, avesse innovato il contenuto delle disposizioni interpretate, in particolare dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59 del 1992, allar-

(1) L'art. 26 del d.l.C.p.S. 14 dicembre 1947, n. 1577, dispone che: «*Agli effetti tributari si presume la sussistenza dei requisiti mutualistici quando negli statuti delle cooperative siano contenute le seguenti clausole: a) divieto di distribuzione dei dividendi superiore alla ragione dell'interesse legale ragguagliato al capitale effettivamente versato; b) divieto di distribuzione delle riserve fra i soci durante la vita sociale; c) devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell'intero patrimonio sociale – dedotto soltanto il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati – a scopi di pubblica utilità conformi allo spirito mutualistico. (...)».*

(2) L'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 così dispone: «*Deve inoltre essere devoluto ai fondi di cui al comma 1 il patrimonio residuo delle cooperative in liquidazione, dedotti il capitale versato e rivalutato ed i dividendi eventualmente maturati, di cui al primo comma, lett. c), dell'art. 26 del citato d.l.C.p.S. 17 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni».*

(3) Il testo dell'art. 17 della l. 23 dicembre 2000 n. 388 è il seguente: «*Le disposizioni di cui all'art. 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'art. 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601, e all'art. 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 della 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 dalla cooperative per le quali vigono le clausole di cui al citato articolo 26, nonché in caso di decadenza dai benefici fiscali».*

gando la relativa fattispecie anche alle ipotesi di fusione e di trasformazione e facendo riferimento al patrimonio effettivo, anziché al patrimonio residuo.

Il Tribunale, ritenendo l'eccezione di illegittimità costituzionale non manifestamente infondata, con ordinanza del 12 giugno 2007 sollevava, in riferimento agli artt. 101, 102, e 104 della Costituzione, questione di illegittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 388/2000.

Secondo il giudice rimettente, infatti, il ricorso alle norme interpretative, retroattive, come indicato dalla giurisprudenza della medesima Corte costituzionale, è consentito sempre che queste siano coerenti con la funzione di chiarire il senso delle norme preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili con il tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti.

Diversamente, qualora la lettera della norma interpretata sia chiara, al punto da non aver mai dato adito a dubbi interpretativi o a contrasti giurisprudenziali, la stessa qualificazione della disposizione come interpretativa conforterebbe l'inesistenza di detto carattere, facendo emergere il reale intento del legislatore, di attribuirle efficacia retroattiva. Tanto si riscontrerebbe nel caso di specie, in quanto la lettera della norma interpretata, ovvero il comma 5 dell'art. 11 l. n. 59 del 1992, non avrebbe fatto sorgere dubbi in ordine alla sua irriferebilità ai casi di fusione e di trasformazione, ove non vietati dalla normativa vigente.

La Corte costituzionale, tuttavia, ritenendo che nella fattispecie ricorressero i presupposti legittimanti l'emanazione da parte del legislatore di una disposizione di interpretazione autentica, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 della l. n. 388 del 2000.

Le leggi di interpretazione autentica.

La sentenza in rassegna assume particolare rilievo poichè se, da un lato, si inserisce con forza nel dibattito che da tempo vede confrontarsi dottrina e giurisprudenza riguardo al corretto inquadramento delle leggi di interpretazione autentica, dall'altro lato, investe, seppur di riflesso, la questione relativa all'accertamento della sussistenza o meno per le banche di credito coopera-

tivo dell'obbligo di devoluzione del proprio patrimonio in favore dei fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione prima di procedere ad un'operazione di fusione per incorporazione con banche di diversa natura, *ex art. 36 del d.lgs. n. 385/1993*, d'ora innanzi Tub

Benchè, almeno in astratto, parrebbe trattarsi di questioni giuridiche molto lontane e diverse tra di loro, in verità, come pure cercherò di dimostrare nel prosieguo della trattazione, sono molteplici i punti di contatto che è possibile rinvenire tra i menzionati profili.

La prima questione su cui dobbiamo rivolgere la nostra attenzione è sicuramente rappresentata dalla necessità di accertare che cosa debba effettivamente intendersi per legge di interpretazione autentica e, soprattutto, quali caratteristiche quest'ultima debba possedere per poter essere qualificata come tale.

In termini generali, allora, iniziamo col dire che quando si parla di legge di interpretazione autentica ci si intende riferire ad un'attività mediante la quale il legislatore decide, normalmente in via generale ed astratta e con forza di legge, quale sia il significato da ascrivere ad una precedente disposizione oppure una disposizione sull'interpretazione che non impone quali strumenti ermeneutici impiegare, ma indica (prescrivendone di non discostarsene) quale significato ascrivere alla disposizione interpretata (4).

(4) Fra i contributi più significativi sul tema delle leggi di interpretazione autentica, CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 305; LAVAGNA, *L'interpretazione autentica*, Roma, 1942; AMORTH, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 62 ss.; G.U. RESCIGNO, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. cost.*, 1964, 770 ss.; GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali dell'irretroattività della legge*, Milano, 1970; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Art. 1-9, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1977, 115 ss.; QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, Art. 10-15, *ivi*, 154 ss.; GUASTINI, *Interpretazione*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. priv.*, Milano, 1993, 277 ss.; TARELLO, *Interpretazione della legge*, in CICU-MESSINEO-MENGONI (diretto da), continuato da SCHLESINGER, *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 1980, I, t. 2, 241 ss.; CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, 136; PUGIOTTO, *La labirintica giurisprudenza costituzionale in tema di leggi di interpretazione autentica*, in *Studium juris*, 1997, 64 ss.; Id., *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2005, 5143 ss.; Id., *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano, 2003; FIORILLO, *Il legislatore retroattivo*, in *Rass. parl.*, 1997, 747 ss.; Verde, *L'interpretazione autentica del-*

Alla luce di tale definizione possiamo, allora, distinguere all'interno della legge o della disposizione di interpretazione autentica due precisi momenti: un momento logico, consistente nell'affermazione di un enunciato interpretativo circa il significato della norma interpretata a cui la nuova norma si riallaccia sia nella formula che nella *ratio*, e un momento precettivo, tramite il quale il legislatore prescrive tale interpretazione, escludendone ogni altra (5).

Effetto connaturale di questo intervento interpretativo avente come ultimo fine quello di dichiarare *ab origine* il vero significato di una disposizione normativa sarà, pertanto, l'estensione in via retroattiva dell'efficacia della legge interpretante il cui comando, appunto, retroagirà fino al momento in cui la disposizione interpretata è entrata in vigore.

Prima di procedere oltre non è senza rilievo sottolineare come, sebbene lo strumento delle leggi di interpretazione autentica fosse stato concepito nella sua originaria formulazione come un mezzo d'intervento a carattere "eccezionale", oggi, al contrario, risulta essere eccessivamente utilizzato da parte del legislatore, potendosi probabilmente cogliere in ciò una indiretta ammissione della propria incapacità di andare al di là di una produzione normativa a breve termine. Un segnale certamente indicativo di questo eccessivo ricorso a tali leggi può essere colto osservando come sempre più spesso il legislatore effettua l'intervento interpretativo anziché mediante l'adozione di una legge, attraverso singole disposizioni aventi natura interpretativa inserite in leggi

la legge, Torino, 1997; GIARDINO CARLI, *Il legislatore interprete, problemi attuali in tema di interpretazione autentica delle leggi*, Milano, 1997; ANZON (a cura di), *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001; ZAGREBELSKY, *Le fonti del diritto*, Torino, 1984, 69 ss.; ID., *Sull'interpretazione autentica (a proposito della «legge per Assisi»)*, in *Giur. cost.*, 1974, 3482 ss.; AMATO-BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Padova, 1994, 164 ss.; PALADIN, *Le fonti del diritto*, Padova, 1994, 185 ss.; DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2006, 140 ss.; TESAURO, *Limiti costituzionali delle leggi tributarie interpretative*, in *Corr. tributario*, 2007, 24, 1967 ss.; DE GIACOMO, *Il limite logico e giuridico della norma innovativa nell'interpretazione autentica: un caso pratico di teoria dell'interpretazione*, in A.A.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano, 2005, v. I, 209 ss.;

(5) Cfr., BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 191.

ordinarie che formalmente non vengono definite di interpretazione autentica (6).

Per quanto riguarda le fattispecie che possono legittimare il ricorso all'adozione di una legge (o di una disposizione) di interpretazione autentica è possibile, anche sulla base dei diversi pronunciamenti della Corte costituzionale (7), in parte richiamati pure nella sentenza in commento, individuare tre diverse tipologie di presupposti; in via preliminare occorre, tuttavia, precisare come tali presupposti non devono essere considerati come le uniche condizioni legittimanti l'intervento in via interpretativa ma, piuttosto, come delle semplici *occasio legis* che – in quanto tali – possono ricorrere oppure no, senza che da ciò ne possa derivare in alcun modo l'illegittimità della legge (o della disposizione) di interpretazione autentica.

Innanzitutto, il ricorso alla legge (o alla disposizione) di in-

(6) Vedasi in tal senso C. cost., 10 dicembre 1981, n. 18, in *Giur. it.*, 1982, I, I, 18 ss., ove si afferma che «non può dirsi che faccia buon uso della sua potestà il legislatore che si sostituisca al potere cui è riservato il compito istituzionale di interpretare la legge, dichiarandone mediante altra legge l'autentico significato con valore obbligatorio per tutti e, quindi, vincolante anche per il giudice, quando non ricorrono quei casi in cui la legge anteriore riveli gravi ed insuperabili ambiguità o abbia dato luogo a contrasti e applicazioni specie in sede giurisprudenziale». Analoghe considerazioni sono rinvenibili pure in Corte cost. 25 luglio 1995, n. 376, in *Foro it.*, 1997, I, 346.

(7) Cfr., C. Cost., 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. cost.*, 1957, 1067; C. Cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 952 con commento di MANETTI, *Retroattività e interpretazione autentica: un brusco risveglio per il legislatore*; C. Cost., 31 luglio 1990, n. 380, in *Le regioni*, 1991, 1392 con commento di CASTORINA, *Innovatività della legge pseudointerpretativa o irragionevolezza degli effetti di essa?*; C. Cost., 2 maggio 1991, n. 193, in *Giur. cost.*, 1991, 1806 con commento di SOANA, *Legge di interpretazione e principio dell'affidamento*; C. Cost., 17 giugno 1992, n. 283, *ivi*, 1992, 2105 con commento di CIOFFI, *Interpretazione autentica di norma transitorie*; C. Cost., 10 febbraio 1993, n. 39, in *Giur. it.*, 1993, 301 ss., con commento di NOGLER, *Le disposizioni legislative di interpretazione autentica come tecnica di previsione della retroattività*; C. Cost., 3 dicembre 1993, n. 424 in *Giur. cost.*, 1993, 3529 ss.; C. Cost., 26 gennaio 1994, n. 6 in *Cons. Stato*, 1994, II, 8 ss.; C. Cost., 12 luglio 1995, n. 311, in *Giur. cost.*, 1995, 2419 con commento di PUGIOTTO, *Ancora due sentenze nel variegato percorso giurisprudenziale in tema di natura e limiti delle leggi interpretative*; C. Cost., 31 luglio 1997, n. 1011, *ivi*, 1998, 1194 con commento di PUGIOTTO, *L'irresistibile ultrattività della legge interpretata autenticamente*; più di recente, C. Cost., 4 agosto 2003, n. 291, in *Giur. cost.*, 2003, 2347; C. Cost., 11 giugno 2004, n. 168, in *Giur. cost.*, 2004, 1755; C. Cost., 7 luglio 2006, n. 274, in *Foro it.*, 2006, I, 2971; C. Cost., 26 giugno 2007, n. 234, *ivi*, 2007, I, 3004.

interpretazione autentica può essere determinato dall'esigenza di superare incertezze o discordanti interpretazioni sorte nell'applicazione della precedente normativa spesso dovuti ad una cattiva formulazione, ad una indeterminatezza o, nella maggior parte dei casi, ad un'ambiguità di significato delle disposizioni medesime.

In altri casi, l'utilizzo di tale strumento può essere determinato dalla volontà del legislatore di rimediare autoritativamente ad interpretazioni giurisprudenziali dominanti o divergenti con la linea di politica del diritto perseguita, tanto più se si tratta di interpretazioni giurisprudenziali consolidate.

Infine, il legislatore può decidere di fare ricorso a tale strumento nel momento in cui ritiene opportuno realizzare un aggiornamento della formulazione legislativa originaria, ritenuta non più adeguata per il raggiungimento di quegli scopi per i quali era stata originariamente predisposta.

Ma è, appunto, sulla effettiva portata di questo aggiornamento che sorgono i problemi relativi alla qualificazione di una legge (o di una disposizione) come di interpretazione autentica poiché spesso il legislatore ricorre a tale strumento al solo fine di poter estendere retroattivamente l'efficacia di norme (quelle interpretative appunto) aventi, tuttavia, un contenuto assolutamente innovativo (8).

(8) Circa il carattere retroattivo delle leggi interpretative due sono state le tesi che si sono confrontate; secondo un primo indirizzo, la retroattività della legge interpretativa è solo apparente: essa, infatti, non fa altro che dichiarare quale è sempre stato il significato della disposizione interpretata e prescrive di non discostarsi da esso; la disposizione interpretante ha un carattere meramente accessorio rispetto a quella interpretata, l'intero valore normativo rimane perciò alla prima disposizione che, pertanto, potrebbe definirsi ultrattiva, e non alla seconda che, per la stessa ragione non può considerarsi retroattiva, cfr., GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino, 1899, v. I, 5; DEGNI, *L'interpretazione delle leggi*, Napoli, 1909, 100 ss.; PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, 1937, 22. Un diverso orientamento ritiene, invece, che ci si trovi di fronte ad un caso di vera e propria retroattività cioè di estensione della efficacia della legge interpretativa ad un tempo anteriore a quello della sua emanazione ed, in particolare, a tutto quello trascorso a partire dalla emanazione della legge interpretata: è il comando della legge interpretativa che impone una interpretazione ad essere sempre, in qualche modo, innovativo ed a reagire al tempo della disposizione interpretata, cfr., CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in *Pol. dir.*, 1971, 593 ss.; CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, cit., 318; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., 193; ZAGREBELSKY, *Sull'interpretazione*, cit., 3485. Il confronto tra queste due posizioni teoriche è oggi ricomposto dalla dottrina più moderna nel

Proprio per questo, tanto nella giurisprudenza quanto nella dottrina, da tempo, si suole distinguere tra leggi realmente di interpretazione autentica e leggi che, dietro lo schema formale della interpretazione autentica, hanno in realtà portata innovativa, riconoscendo soltanto alle prime e non anche alle seconde la caratteristica dell'applicabilità in via retroattiva.

Più in dettaglio, secondo la giurisprudenza costituzionale, invero non sempre uniforme, sono da considerarsi come leggi realmente di interpretazione autentica soltanto quelle leggi che, fermo restando il tenore letterale della disposizione interpretata, ne chiariscono il significato normativo e privilegiano una delle tante interpretazioni astrattamente ascrivibili a quest'ultima, in maniera che il contenuto precettivo sia espresso dalla coesistenza di due norme, quella precedente e quella successiva, che ne esplica il significato rimanendo entrambe in vigore. Le norme si sovrappongono e l'una, la successiva, non elimina l'altra, la precedente (9). In sostanza, al di là degli aspetti meramente formali quali l'intestazione o l'utilizzo di formule come ad esempio: "*l'art. x deve intendersi nel senso di...*", ciò che più di ogni altro elemento rileva perché una legge o una singola disposizione possa essere considerata di interpretazione autentica è la sua capacità di specificare il significato "vero" (meglio obbligatorio, perché

senso di riconoscere alla legge di interpretazione autentica un carattere comunque innovativo poiché impone con forza di legge una data soluzione normativa.

(9) Come detto si deve sottolineare come l'atteggiamento della Corte costituzionale dinanzi alle leggi di interpretazione autentica non è stato sempre lineare ma piuttosto caratterizzato da improvvisi ripensamenti. Si pensi, ad esempio, a quanto affermato dalla Corte nella sentenza n. 424 del 1993, in *Cons. Stato*, 1995, II, 2037 ove - per la prima volta - si riconosce l'ammissibilità di una legge interpretativa che sostituisca integralmente l'articolo interpretato e tutte le disposizioni in esso contenute a condizione che resti ferma la norma. Ancora, si pensi a quanto deciso dalla Corte sotto il profilo della retroattività di tali leggi nella sentenza n. 155 del 1990, in *Foro it.*, I, 3072, ove si afferma «*l'irretroattività costituisce un principio generale del nostro ordinamento e, seppur non elevato fuori dalla materia penale, a dignità costituzionale, rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui il legislatore deve ragionevolmente attenersi in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza*». Successivamente, però, la Corte nelle sentenze n. 6 del 1994, cit., 12 ss., e n. 153 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 1183, afferma l'esatto contrario, ovvero «*la legittimità costituzionale delle norme legislative aventi efficacia retroattiva, dal momento che il principio di irretroattività della legge - pur riconosciuto come generale dall'art. 11, comma 1, delle disp. prel. del codice civile - non ha ottenuto in sede costituzionale una garanzia specifica*».

in realtà è quello imposto, in via interpretativa, dal legislatore stesso) desumibile dalla disposizione interpretata senza modificarne o alterarne in alcun maniera il relativo dato letterale. In questa maniera, la legge interpretante e la disposizione interpretata arrivano a formare un precetto normativo unitario dato che il contenuto precettivo fissato dalla prima è già tutto presente nella seconda senza che si realizzi una successione cronologica di norme differenti scaturendo, anzi, da questa necessaria complementarietà tra norme il riconoscimento del carattere retroattivo (la c.d. retroattività apparente) della legge interpretante.

Del tutto diverse, invece, sono le conclusioni formulabili nell'ipotesi in cui il legislatore, pur ricorrendo al requisito formale dell'intestazione come legge (o disposizione) di interpretazione autentica o, ancora, pur utilizzando formule lessicali dello stesso tenore non ha, tuttavia, come reale obiettivo l'individuazione del significato esatto desumibile dal tenore letterale della disposizione interpretata ma, al contrario, mira ad innovare l'ordinamento giuridico, introducendo elementi nuovi o del tutto estranei rispetto al testo interpretato o, addirittura, attribuendo alla disposizione interpretata un significato che non poteva ragionevolmente essergli attribuito.

In simili circostanze, infatti, l'oggetto della legge (o della disposizione) interpretativa non sarà più il contenuto normativo della disposizione interpretata ma le stesse fattispecie prima disciplinate da quest'ultima, fattispecie che, dopo tale operazione solo apparentemente interpretativa, saranno disciplinate dalla legge (o dalla disposizione) nuova, la quale a sua volta sarà suscettibile di interpretazione, e non già dalla norma risultante dall'integrazione dell'una e dell'altra disciplina succedutesi nel tempo.

Ne deriva che, ricorrendo tale ipotesi, la legge (o la disposizione) non sarà in alcuna maniera qualificabile come autenticamente interpretativa ma, al contrario, dovrà essere considerata come una nuova legge avente portata sostanzialmente innovativa, priva, pertanto, della capacità di trovare applicazione in via retroattiva (10) e soggetta all'ordinaria attitudine della legge a di-

(10) Cfr., C. Cost., 26 gennaio 1994, n. 6, cit., 9 ss., nella quale si legge: «in realtà, nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che l'art. ... non configuri, al di là della formula lessicale adottata, una norma di interpretazione autentica bensì una norma del tutto nuova destinata a svolgere i propri effetti ex tunc... la norma interpretante anziché far emergere uno dei possibili signifi-

sporre soltanto per l'avvenire, così come disposto dall'art. 11 delle disposizioni preliminari del codice civile.

I dubbi circa la natura interpretativa dell'art. 17 della legge n. 388/2000.

Dopo aver delineato i tratti caratterizzanti le leggi (e le disposizioni) di interpretazione autentica è necessario a questo punto procedere ad un'analisi dell'art. 17 della l. n. 388/2000 al fine di individuare nella menzionata disposizione quegli indici che permettano di chiarire se le conclusioni a cui è giunta la Corte nella sentenza in commento siano o meno condivisibili.

Il primo aspetto su cui dobbiamo porre la nostra attenzione è rappresentato dalla molteplicità e dalla diversità, sia sotto il profilo della natura che degli scopi perseguiti, delle disposizioni oggetto di interpretazione. Infatti, da un lato, l'art. 26 della legge Basevi pone a carico delle cooperative che vogliano usufruire delle agevolazioni fiscali *l'onere* di adottare determinate clausole nei propri statuti mentre l'art. 14 del d.P.R. n. 601/1973 richiede il rispetto delle condizioni indicate nel predetto art. 26 come presupposto per il riconoscimento di taluni benefici fiscali; dall'altro lato, l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92 si limita soltanto a prevedere *l'obbligo* di devoluzione del patrimonio residuo da parte delle cooperative in liquidazione in favore dei fondi mutualistici, di cui al comma 1. Ora, a prescindere dalla preliminare considerazione circa il notevole lasso di tempo intercorrente tra le richiamate disposizioni, deve porsi in evidenza come l'interpretazione fornita dal primo periodo dell'art. 17 («la soppressione da parte di società cooperative o loro consorzi della 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») mentre pare astrattamente compatibile con il disposto dell'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, non altrettan-

cati della norma interpretata, ha aggiunto un elemento del tutto nuovo ed estraneo alla norma interpretata (...)»; più recentemente, C. Cost., 25 luglio 1995, n. 376, in *Foro amm.*, 1995, II, 1271 ss.; C. Cost., 3 novembre 2005, n. 409, in *Giur. cost.*, 2006, 2543 ss., con commento di MATUCCI, *Tutela dell'affidamento e retroattività ragionevole in un caso di interpretazione autentica.*

to sembra esserlo con il contenuto delle precedenti disposizioni le quali, oltretutto, sono antecedenti alla istituzione degli stessi fondi mutualistici (11).

In secondo luogo, ulteriori elementi rivelatori della portata innovativa dell'art. 17 possono essere desunti, condividendosi sotto questo profilo le considerazioni formulate dal giudice rimettente, dalla difficile equiordinazione che la disposizione in esame tenta di realizzare tra fattispecie diverse e, di conseguenza, anche tra i diversi presupposti determinanti l'obbligo di devoluzione patrimoniale in favore dei fondi mutualistici. Infatti, il citato art. 17 giunge ad equiparare alle fattispecie dello scioglimento e della liquidazione delle società cooperative, fattispecie tra l'altro che vengono considerate separatamente come se non ricorresse alcun necessario legame tra le due, le ulteriori ipotesi della volontaria soppressione delle clausole mutualistiche dallo statuto, della fusione, della trasformazione arrivando, finanche, a considerare l'ipotesi della decadenza della società cooperativa dalle agevolazioni fiscali.

Bene, volendo iniziare proprio da tale ultima ipotesi, l'operazione lascia francamente perplessi dato che risulta assai difficile, per non dire impossibile, ritenere che tra le interpretazioni (meglio tra i significati) desumibili dal testo delle disposizioni interpretate dall'art. 17, ovvero l'art. 26 della l. Basevi e l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, possa rientrarvi anche l'ipotesi della perdita delle agevolazioni fiscali. Le perplessità, inoltre, aumentano nel momento in cui si evidenzia come l'ipotesi della perdita delle agevolazioni fiscali non riveste neppure carattere di fattispecie autonoma; infatti, non è una causa capace da sola di determinare l'obbligo della devoluzione, ma è soltanto l'effetto, meglio la diretta ed immediata conseguenza, del mancato rispetto di tutta una serie di norme che, tuttavia, non hanno niente a che

(11) Cfr., F. SALERNO, *Fusione di banche di credito cooperativo e devoluzione ai fondi mutualistici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, IV, 388 ss.; FRACCHIA, *Interpretazione autentica delle norme sulla devoluzione del patrimonio di cooperative*, in *Riv. soc.*, 2002, 5, 547 ss.; DE RUBERTIS, *Incorporazione di banche di credito cooperativo e art. 17 della l. 23 dicembre 2000, n. 388: tutto da rifare o da disfare?*, in *Dir. banc.*, 2001, 562; COTRONEI, *La sanzione dell'obbligo di devoluzione*, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, 54; più recentemente vedasi, SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione del patrimonio per le fusioni di banche cooperative*, in *Dir. ban.*, 2008, 2, 349 ss..

vedere con le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione della società cooperativa (12).

Ancora, risulta di notevole importanza considerare anche l'ulteriore tentativo di assimilazione che la disposizione in esame cerca di realizzare nel momento in cui, come già accennato, equipara alle menzionate fattispecie dello scioglimento (art. 26, l. Basevi) e della liquidazione (art. 11, comma 5, l. n. 59/92) di società cooperativa, anche le fattispecie della fusione e della trasformazione, «ove non vietati dalla normativa vigente». Tuttavia, anche questo tentativo non è in grado di conseguire i risultati voluti giacché, a mio parere, risultano del tutto insuperabili le differenze strutturali che ricorrono tra le menzionate fattispecie.

In primis, per quanto riguarda il richiamo all'istituto giuridico della trasformazione di società. Come noto, tale istituto si configura come quella operazione straordinaria attraverso la quale la società trasformante può assumere le caratteristiche di un nuovo e diverso modello (legale) societario e, quindi, di una nuova struttura organizzativa adottata per lo svolgimento dell'attività d'impresa senza che, tuttavia, si verifichi alcuna soluzione di continuità nell'esercizio dell'impresa (13). In sostanza, la realizzazione della operazione di trasformazione non implica alcuna vicenda né estintiva né ricostitutiva sotto diverse spoglie della so-

(12) Per rimanere nell'ambito della fattispecie oggetto della sentenza, le condizioni perché le banche di credito cooperativo possano godere delle agevolazioni fiscali sono: il rispetto dell'obbligo di iscrizione nell'albo delle cooperative, *ex art. 223-terdecies*, comma 1, disp. att. c.c.; il rispetto dell'obbligo di versare regolarmente i contributi annuali ai fondi mutualistici, *ex art. 37*, comma 2 del Tub; lo svolgimento della propria attività prevalentemente in favore dei propri soci, *ex art. 35* del Tub

(13) Cfr., PACIELLO, *La trasformazione delle società cooperative*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 467 ss.; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, 39; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 642 ss.; BUONOCORE, *Istituzioni di diritto commerciale*, Torino, 2006, 275 ss.; PRESTI-OLIVIERI-VELLA (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2004, 431 ss.; CABRAS, *Le trasformazioni*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Tratt. soc. per az.*, VII***, Torino, 1997, 27 ss.; CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 134 ss.; SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, Milano, 1996, 24 ss.; SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti ed oltre*, in *Scritti in onore di Buonocore, Diritto commerciale, Società*, Milano, III, 2005, 3893 ss.; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, in GALGANO (diretto da), *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Padova, 1985, VIII, 187 ss.

cietà che procede a trasformarsi ma, al contrario, si caratterizza unicamente per una piena continuità di tutte le posizioni soggettive (attive, passive e processuali) tra ente trasformando e soggetto trasformato, come si ricava in maniera esplicita dalla formulazione dell'art. 2498 c.c (14). La menzionata caratteristica della continuità dei rapporti giuridici non appartiene, però, soltanto all'istituto della trasformazione ma contraddistingue anche, e forse soprattutto, l'ulteriore istituto giuridico della fusione (15), anch'esso richiamato dall'art. 17 della l. n. 388/2000. Attraverso l'operazione della fusione si realizza l'obiettivo ultimo di una riduzione ad unità dei patrimoni delle singole società partecipanti alla fusione e la confluenza dei rispettivi soci in un'unica struttura organizzativa, ovvero la società risultante al completamento della fusione, la quale proseguirà nell'attività delle società preesistenti mentre queste ultime – sia nella fusione mediante costituzione di una nuova società sia nella fusione per incorporazione – si estingueranno (16).

(14) Tale effetto già presente nella precedente formulazione dell'art. 2498 c.c. («*La società acquista personalità giuridica con l'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese e conserva i diritti e gli obblighi anteriori alla trasformazione*»), è stato amplificato dalla riforma societaria del 2005 dato che il nuovo art. 2498 afferma: «*Con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*». In dottrina v., MONTAGNANI, *Commento sub art. 2498 c.c.*, in SANDULLI-SANTORO (a cura di), *La riforma delle società – Società a responsabilità limitata, liquidazione, gruppi, trasformazione, scissione*, Torino, 2003, 354; Palmieri, *Autonomia e tipicità nella nuova trasformazione*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 103 ss.

(15) L'art. 2504-bis, comma 1, c.c., ante riforma disponeva che: «*La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società estinte*», mentre il comma 1 del nuovo art. 2504-bis c.c., dispone che: «*La società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione*».

(16) Cfr., FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 990; GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, Bologna, 2005, II, 501; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, 642; CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Torino, 2003, 234; DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1999, 421; TANTINI, *Trasformazione e fusione delle società*, cit., 277 ss.; SANTAGATA, *Le fusioni*, in COLOMBO-PORTALE (diretto da), *Trattato soc. per az.*, Torino, 2004, VII***, 21 ss.; SARALE, *Trasformazione e continuità dell'impresa*, cit., 68.

Tuttavia, anche in tale circostanza, l'effetto estintivo che investe le società partecipanti si realizza senza che vi sia stata alcuna preliminare definizione dei rapporti economici che le predette società avevano nei confronti sia dei soggetti terzi che nei confronti dei rispettivi soci. Pertanto, la società risultante dalla fusione, una volta che questa sarà portata a termine, assumerà tutti i diritti e gli obblighi delle società partecipanti, i soci di quest'ultima diventeranno soci della società incorporante e riceveranno in cambio della loro originaria partecipazione, quote o azioni di quest'ultima, sulla base di un predeterminato rapporto di cambio mentre i creditori delle società fuse, oramai estinte, potranno far valere i loro diritti sul patrimonio della società incorporante.

In sostanza, l'essenza della fusione, analogamente alla trasformazione, risiede nella vitalità dell'impresa sociale, ovvero nella volontà di proseguire, di continuare nell'esercizio dell'impresa seppur attraverso una nuova società, una nuova organizzazione sociale e non, come si vorrebbe invece far credere tramite l'interpretazione fornita dall'art. 17, nella estinzione delle società (in questo caso cooperative) che si sono trasformate o fuse.

Diversamente dalle descritte fattispecie della trasformazione e della fusione, il momento estintivo della società contraddistingue soltanto le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione, di cui alle disposizioni oggetto di interpretazione, ovvero l'art. 26 della l. Basevi ed all'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92. Infatti, è solo nelle predette ipotesi che, dopo aver provveduto ad accertare il verificarsi di una causa di scioglimento della società cooperativa, si procederà a monetizzare tutto quanto presente nel patrimonio della medesima, ad utilizzare tali somme per la definizione dei rapporti economici pendenti nei confronti dei terzi creditori e dei propri soci e, infine, ad estinguere la società attraverso la cancellazione dal registro delle imprese.

In virtù delle evidenziate differenze, è facile ricavare la conclusione di come non solo non vi è alcuna possibilità di assimilare gli istituti della trasformazione e della fusione con le fattispecie dello scioglimento e della liquidazione trattandosi di istituti aventi natura e finalità del tutto diverse tra loro ma, soprattutto, non è possibile sostenere in alcuna maniera che tra i significati, anche solo astrattamente riconducibili al tenore letterale delle norme interpretate dall'art. 17, ovvero l'art. 26 della l. Basevi e l'art. 11, comma 5, della l. n. 59/92, possano rientrarvi le fattispecie della trasformazione e della fusione; il che, in definitiva,

equivale a riconoscere, anche sotto questo specifico profilo, la portata assolutamente innovativa del menzionato art. 17 (17).

In terzo luogo, nell'eventualità in cui quanto sinora argomentato non fosse sufficiente per ritenere dimostrato il carattere innovativo della disposizione in esame, è possibile soffermarsi su un ulteriore aspetto su cui pure la Corte si sofferma nella sentenza, seppur in termini assai riduttivi; ovvero, la questione della determinazione di che cosa dovrebbe essere devoluto ai fondi mutualistici.

Infatti, mentre da un lato, le disposizioni oggetto di interpretazione, pongono in capo alla società cooperativa l'obbligo di devolvere ai fondi mutualistici il «patrimonio *residuo* di liquidazione dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati», dall'altro lato, la disposizione interpretante, o presunta tale, richiede la devoluzione del «patrimonio *effettivo*», dedotta la sola parte corrispondente al capitale versato e rivalutato e i dividendi

(17) Cfr., F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 404; DE RUBERTIS, *Incorporazione*, cit., 2001, 577; COTRONEI, *La sanzione*, cit., 55; SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione*, cit., 351; BASSI, *Le società cooperative*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 274, ove si precisa che si tratta di una devoluzione diversa da quella precedentemente disposta dall'art. 26 della legge Basevi – che era liquidazione liquidatoria – proprio perchè in questo caso la società continua la propria attività; GENNARI, *Problemi non risolti in tema di fusioni eterogenee nel settore bancario*, in *Contr. impr.*, 2002, 1, 418 ss.; *Contra*, GENCO, *Fusione eterogenea*, cit., 99 ss.; Id., *La riforma delle società cooperative*, Milano, 2003, 306; BONFANTE, *Il Tribunale di Lanciano, l'art. 17, L. n. 388/2000 e la riforma della legislazione cooperativa*, in *Società*, 2003, 1 91 ss.; Id., *Finanziaria 2001, dall'art. 17 un "regalo" inaspettato*, in *Riv. coop.*, 2001, I, 7 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 386. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 17 della l. n. 388/2000, v. in giurisprudenza, Trib. Trento, 2 marzo 2000, in *Riv. not.*, 2000, 6, 1484 ss., con commento di Genovese, *Fusione per incorporazione di banca di credito cooperativo in banca popolare*. In tale circostanza, il Tribunale ha affermato che la fusione per incorporazione non può essere assimilata alla vicenda dello scioglimento della società bensì integra una ipotesi di successione universale dell'incorporante nei rapporti attivi e passivi della società incorporata senza, quindi, che scatti l'obbligo di devoluzione del patrimonio, dedotti il capitale versato e i dividendi maturati. Diversamente ha ritenuto la Corte di Appello di Trento con la sentenza del 12 aprile 2000, in *Società*, 2000, 10, 1212 ss., con commento di PAOLUCCI, *Limiti posti delle leggi speciali all'incorporazione di banca di credito cooperativo*. La Corte, infatti, giunge a ritenere che in caso di fusione per incorporazione di una b.c.c. in una banca popolare o in una banca s.p.a. vi sia l'obbligo da parte della incorporata di devolvere, prima dell'incorporazione, ai fondi mutualistici non soltanto la quota del 3% degli utili netti annui maturati ma anche il patrimonio residuo, dedotti il capitale versato e i dividendi eventualmente maturati.

eventualmente maturati. Ebbene, sarebbe sufficiente porre a confronto il diverso dato letterale per giungere, anche in questa circostanza, alla conclusione di come la disposizione in commento aggiunga qualcosa di nuovo e di diverso rispetto ai significati desumibili dal tenore letterale delle disposizioni interpretate.

Cerchiamo, tuttavia, di essere più precisi; risulta abbastanza chiaro che un conto è parlare di devoluzione del patrimonio residuo di liquidazione ed altro è parlare di devoluzione del patrimonio effettivo. Nel primo caso, infatti, ci si riferisce alla devoluzione di un patrimonio che, per l'appunto, residua (meglio rimane, se rimane...) a seguito dello scioglimento e successiva liquidazione della società cooperativa, ovvero dopo che tutto quello che era presente nel patrimonio della società è stato utilizzato per pagare i debiti contratti. Nella seconda ipotesi, invece, la devoluzione arriverebbe ad avere per oggetto il patrimonio *effettivo* di una società che, tuttavia, non si trova in una situazione (trasformazione o fusione che sia) avente come esito finale l'estinzione della medesima società ma, al contrario, risulta essere in pieno funzionamento, ovvero, continua ad essere presente sul mercato, continua e continuerà a svolgere la propria attività d'impresa. In questa circostanza, il prezzo che la cooperativa arriverebbe a pagare per la modifica statutaria, per la partecipazione ad una fusione eterogenea, per la sua trasformazione o, in termini più generali, per la sua fuoriuscita dal mondo della cooperazione, sarebbe la totale privazione dell'impresa (18).

Tutto ciò ci consente di non condividere affatto l'opinione emersa in dottrina (19) e ripresa dalla Corte costituzionale nella

(18) Cfr., MINERVINI, *La cooperazione di sistema e la disciplina delle società cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, 389; BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, 109; Id., *Le società cooperative*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Torino, 2003, 274; DE STASIO, *La trasformazione delle cooperative*, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 214 ss.; SALVINI, *Acquisto e perdita della qualifica di cooperativa a mutualità prevalente*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 247 ss.; SANTAGATA, *Le fusioni*, cit., 731 ss.; PACIELLO, *La trasformazione*, cit., 482; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 403; PRESTI, *Cooperative e modellismo giuridico*, in VELLA (a cura di), *Gli statuti delle imprese cooperative dopo la riforma del diritto societario*, Torino, 2004, 12 ss.; MEO, *Perdita della mutualità e sorte dell'avviamento di banca di credito cooperativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 104.

(19) Cfr., GENCO, *Fusione eterogenea di società cooperativa ed obbligo di devoluzione patrimoniale ai fondi mutualistici* in *Giur. comm.*, 2003, II, 119. In particolare l'Autore ritiene che «mentre la devoluzione conseguente allo

sentenza in commento (20), secondo cui l'art. 17 si è limitato, per quanto riguarda l'oggetto della devoluzione, ad introdurre un mero «criterio di adeguamento della fattispecie alla situazione in cui la cooperativa non si estingue ma al contrario continua ad esistere come soggetto diverso (...)». In verità, la conclusione a cui giunge la Corte ha una sua logicità; infatti, nel momento in cui pone sul medesimo piano, in termini di fattispecie legittimanti l'obbligo di devoluzione, la liquidazione della società cooperativa con le fattispecie della trasformazione e della fusione, logica, appunto, vuole che ne venga «precisato» (forse la Corte intendeva «adeguato») anche il relativo contenuto. Questa presunta logicità, tuttavia, svanisce allorquando si dimostra, come mi pare di aver dimostrato, che non siamo dinanzi ad un mero adeguamento, sotto il profilo patrimoniale, di fattispecie tra loro uguali o quantomeno simili ma, al contrario, siamo dinanzi al tentativo, alquanto forzato, di assimilare fattispecie completamente diverse tra di loro utilizzando come comune presupposto, o meglio come pretesto, il venir meno dei requisiti per poter accedere alle agevolazioni fiscali.

Rimane a questo punto da considerare l'ultimo aspetto su cui la Corte costituzionale si sofferma nella sentenza in commento, costituito dalla disciplina prevista per le cooperative di credito. La tematica riveste particolare rilievo poiché l'art. 17 nel momento in cui tenta di allargare l'obbligo di devoluzione alle ipotesi di «fusione e di trasformazione di cooperative, ove non vietati dalla vigente normativa, (...)» ha come vero obiettivo le sole ipotesi di fusione e di trasformazione consentite durante la vigenza della

scioglimento ed alla liquidazione del patrimonio è suscettibile di basarsi con valori storicamente determinati e coincidenti con quelli «di libro», la devoluzione effettuata in uno stato di *going concern* richiede una valutazione di tipo dinamico: a tal fine l'art. 17 ha precisato che oggetto della devoluzione deve considerarsi il patrimonio effettivo, un'espressione che fa riferimento al valore reale del patrimonio aziendale comprendendo anche i plusvalori latenti del cespiti aziendali rispetto ai valori contabili iscritti in bilancio».

(20) La Corte costituzionale relativamente alla diversità di significato tra patrimonio effettivo e patrimonio residuo, così si esprime: «*il riferimento alla nozione di patrimonio effettivo contenuto nella norma censurata può essere ritenuto una precisazione, conseguente alla necessità di operare nel caso di fusione una valutazione anche della parte dinamica del patrimonio. Tale precisazione era rilevabile già in via interpretativa, una volta ritenuto applicabile l'obbligo di devoluzione anche nel caso in cui la società non si estingueva, ma continuava, ad esistere come soggetto diverso da quello che fruiva dei benefici della mutualità*».

precedente disciplina societaria, ovvero le fusioni eterogenee di banche di credito cooperativo con banche di diversa natura, *ex art. 36 del Tub* (21).

Occorre fare un passo indietro; come già accennato, nel vigore della precedente disciplina codicistica in materia di società, l'art. 14 della l. n. 127/1971, vietava alle società cooperative di trasformarsi in società di tipo diverso e per le quali non operassero i requisiti di cui al menzionato art. 26 della legge Basevi. La *ratio* di tale divieto, del tutto condivisibile, era quella di impedire che venissero costituite delle società cooperative al solo fine di poter usufruire del regime tributario favorevole per poi, a tempo debito, liberarsene adottando una diversa forma societaria (22).

Tuttavia, questa chiusura non era perfetta poiché conosceva una rilevante eccezione rappresentata dalla speciale disciplina introdotta con gli artt. 31 e 36 del Tub, relativi proprio alle cooperative di credito, ovvero banche popolari e banche di credito cooperativo. Infatti, per quanto riguarda le banche popolari, solo formalmente riconducibili al fenomeno della cooperazione, l'art. 21, comma 8, della l. n. 59/92 precisa come a queste ultime non trovano applicazione né le disposizioni di cui all'art. 26 della legge Basevi relativamente all'obbligo di contribuzione in favore dei fondi mutualistici, né le disposizioni della l. n. 59/92 in merito all'obbligo di devoluzione del patrimonio residuo in caso di liquidazione. A questa rilevante deroga si aggiungeva, infine,

(21) Tale questione è stata già oggetto di diverse pronunce in giurisprudenza, vedasi: Tribunale di Lecce, 26 giugno 2002, in *Giur. comm.*, 2003, II, 99, nonché Tribunale di Lanciano, 6 novembre 2001, *ivi*, con nota di GENCO, *Fusione eterogenea*, cit., 100 ss.. La sentenza del Tribunale di Lanciano è commentata anche in *Società*, 2003, I, 91 ss., con nota di BONFANTE, *Il Tribunale di Lanciano, l'art. 17, L. n. 388/2000 e la riforma della legislazione cooperativa*; Id., *Finanziaria 2001, dall'art. 17 un "regalo" inaspettato*, in *Riv. coop.*, 2001, I, 7 ss.; cfr., Salerno, *Fusione di banche di credito cooperativo e devoluzione ai fondi mutualistici*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, IV, 388, in particolare p. 400; CORVESE, *La trasformazione eterogenea in società di capitali*, Milano, 2005, 187; MEO, *Perdita della mutualità*, cit., 102. Più recentemente Corte di Appello di L'Aquila, 22 maggio 2007, commentata da SPAGNUOLO, *Nessuna devoluzione*, cit., 349 ss.; mi sia consentito il rinvio anche al mio commento: *L'art. 17 della L. n. 388/2000 e l'obbligo di devoluzione in favore dei fondi mutualistici*, in *Società*, 2008, 12.

(22) Cfr., Cass., sez. I, 14 luglio 1997, n. 6349, in *Società*, 1998, 162 ss., ed in *Giur. comm.*, 1998, II, 5, con commento di SERRA, *Prospettive di incorporazione di una banca costituita in forma di società per azioni in una banca popolare*.

quanto disposto dall'art. 31 del Tub che consente alle banche popolari, alle quali non si applica neppure il divieto di trasformazione *ex art.* 14 della l. n. 127/1971, di trasformarsi in società per azioni o di partecipare ad operazioni di fusione eterogenea previa autorizzazione della Banca d'Italia e laddove ciò sia imposto da esigenze di rafforzamento patrimoniale, di tutela degli interessi dei creditori o di razionalizzazione del sistema.

Discorso in parte diverso, invece, per le banche di credito cooperativo poichè se, per un verso, a tali banche continuano ad applicarsi sia le disposizioni in tema di contribuzione ai fondi mutualistici sia le disposizioni relative all'obbligo di devoluzione del patrimonio residuo in caso di scioglimento/liquidazione della società cooperativa, dall'altro lato, l'art. 36 del Tub, in deroga al previgente divieto di trasformazione di cui all'art. 14 della l. n. 127/71, prevede che la Banca d'Italia possa autorizzare al ricorrere di particolari esigenze, ovvero tutelare gli interessi dei creditori della banca di credito cooperativo e porre rimedio ad una situazione di crisi tale da compromettere la stabilità della medesima banca, operazioni di fusione di banche di credito cooperativo con banche di diversa natura da cui risultino banche popolari o banche costituite in forma di società per azioni (25).

Inoltre, dato che le banche di credito cooperativo sono le uniche cooperative di credito che accedono alle agevolazioni fiscali, esse hanno l'obbligo di destinare il 3% degli utili netti annui in favore dei fondi mutualistici nonché l'ulteriore obbligo, ai sensi dell'art. 37 Tub, di destinare a riserva legale (quindi indisponibile) una misura pari al 70% degli utili netti annui. Quest'ultima

(25) Cfr., SANTORO, *Trasformabilità, fusione e scissione eterogenea di banca di credito cooperativo*, in *Dir. banc.*, 1996, I, 313 ss.; ID., *Commento sub art. 36 Tub*, in BELLI-CONTENTO-PATRONI GRIFFI-PORZIO-SANTORO (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, 551; NIGRO, *L'intrasformabilità delle banche di credito cooperativo in banche popolari: un problema non nuovo nella nuova legislazione bancaria*, in *Coop. cred.*, 1994, 123 ss.; SANTAGATA, *La nuova disciplina della fusione tra banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, 1, in part. p. 42; RIVOLTA, *Aspetti della nuova disciplina delle concentrazioni bancarie: le fusioni eterogenee nel testo unico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 265 ss.; PAOLUCCI, *Limiti*, cit., 1214; DE RUBERTIS, *Incorporazione*, cit., 577; NAPOLETANO, *Banche di credito cooperativo*, in FERRO LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria, Commentario*, Milano, 1996, I, 534 ss.; PRESTI, *Sulla trasformabilità di banca di credito cooperativo in banca popolare*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 810 ss.

previsione, tuttavia, come già ritenuto dalla dottrina (24), per la misura eccedente il limite stabilito dal codice civile (25) non ha nulla a che vedere con i requisiti mutualistici ma ha per finalità quella di garantire la stabilità patrimoniale della banca di credito cooperativo nello svolgimento dell'attività creditizia, in ragione della ridotta consistenza del proprio capitale sociale (minimo) rispetto alle altre (diverse) banche. Se, allora, nel quadro normativo così ricostruito, ritenessimo di qualificare l'art. 17 come una disposizione di interpretazione autentica e, quindi, di riconoscere la sua applicazione in via retroattiva alle pregresse operazioni di fusione eterogenea effettuate ai sensi del richiamato art. 36 Tub, avremmo come risultato la totale compromissione di quelle finalità per le quali l'ordinamento medesimo, in via del tutto eccezionale, tra la tutela della cooperazione mutualistica e l'esigenza di stabilità dell'ente creditizio in difficoltà, attribuisce priorità a quest'ultima esigenza. Infatti, l'applicazione dell'art. 17 comporterebbe che la banca incorporanda (la b.c.c.), prima di dare seguito alla operazione di fusione, dovrebbe devolvere al fondo mutualistico cui aderisce non più soltanto la contribuzione annuale del 3% ma anche tutto il restante patrimonio «effettivo», ivi inclusa la riserva indisponibile costituita con l'accantonamento del 70% degli utili netti annui, dedotto solo il capitale e gli eventuali dividendi maturati e non ancora distribuiti. Tale conclusione, tuttavia, non è assolutamente accettabile poiché, così facendo, si realizzerebbe una situazione di ingiustificato vantaggio in favore dei fondi mutualistici e, soprattutto, si renderebbe del tutto inutile ed antieconomica la stessa operazione di concentrazione aziendale dato che alla fine ad essere incorporata sarebbe

(24) Cfr., SANTORO, *Commento sub art. 37 Tub*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., 567 ss.; ID., *Devoluzione del patrimonio di banche cooperative e fondi mutualistici*, in *Dir. ban.*, 2001, I, 283 ss.; MARSÀ, *Le banche cooperative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 530, in particolare 556; OPPO, *Credito cooperativo e testo unico sulle banche*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 653 ss.; PAOLUCCI, *Limiti*, cit., 1214; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 431; GENNARI, *Problemi non risolti*, cit., 418 ss.; CASTALDI-DI BIASI, *sub art. 37*, in Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, 199 ss.

(25) Occorre precisare come il previgente art. 2536 c.c., stabiliva che le società cooperative dovessero destinare a riserva legale «almeno la quinta parte degli utili netti annuali». Oggi, a seguito della riforma del 2003, l'art. 2545-*quater* c.c., ha elevato tale importo prevedendo che sia destinata a riserva legale almeno il trenta per cento degli utili netti annuali.

soltanto una società quasi priva di risorse, compromettendo definitivamente l'interesse dei creditori, le ragioni di stabilità nonché la sana e prudente gestione dell'attività bancaria, ovvero tutte quelle le ragioni in forza delle quali l'operazione di fusione eterogenea è stata autorizzata dalla Banca d'Italia.

Rispetto a tutto ciò, lasciano allora perplessi le argomentazioni svolte dalla Corte nella sentenza in commento, argomentazioni che fanno sorgere il dubbio che di questo specifico profilo la medesima Corte non si sia voluta occupare più di tanto perchè consapevole che vi avrebbe trovato un ostacolo importante, quasi insormontabile direi, al riconoscimento della natura interpretativa dell'art. 17. Infatti, la Corte, nella convinzione di trovare sicuro sostegno al proprio argomentare nelle nuove disposizioni introdotte nel Tub a seguito della riforma del diritto societario, si è limitato a sottolineare la portata di quest'ultime a conferma del fatto che: «L'inesistenza di ogni interferenza tra autorizzazione alla fusione (art. 36 del d.lgs. n. 385 del 1993) ed obbligo di devoluzione è, peraltro, confortata, sul piano storico-sistematico, dalla circostanza che, anche a seguito delle innovazioni introdotte nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, rese necessarie dalle modifiche del codice civile sulle società, è *stato espressamente mantenuto fermo detto obbligo* (art. 150-bis, comma 5, del d.lgs. n. 385 del 1993) con una previsione anteriormente già desumibile dalle norme di detto testo unico e dalla legge n. 59 del 1992.».

Questo argomentare, però, non è del tutto corretto. In primo luogo perchè, come abbiamo già dimostrato, nel vigore delle precedenti norme l'obbligo per le cooperative bancarie, in particolare per le b.c.c., di devolvere il proprio patrimonio residuo al fondo mutualistico ricorreva solo e soltanto nelle ipotesi di scioglimento e liquidazione non anche nella diversa ipotesi di fusione eterogenea, *ex art. 36 del Tub*, poiché in tale ipotesi le esigenze di tutelare gli interessi dei creditori e di garantire la stabilità della banca sono preponderanti rispetto alla tutela della mutualità.

In secondo luogo, è certamente vero che oggi, in caso di fusione eterogenea tra banche di credito cooperativo e banche di diversa natura, sussiste per la banca incorporata (la b.c.c.) l'obbligo di devoluzione del patrimonio al fondo mutualistico cui aderisce, dato che l'art. 150-bis del Tub precisa come «in tutti i casi di fusione ai sensi dell'art. 36 del Tub», trovano applicazione le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 2545-*undecies* del c.c.

Pertanto, la b.c.c. prima di dare seguito alla fusione eterogenea dovrà procedere alla devoluzione in favore del fondo mutualistico del valore effettivo del proprio 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 esistente alla data di trasformazione.

Tutto questo, però, non significa che la nuova disciplina deve essere intesa come il risultato di una nuova e diversa considerazione da parte del legislatore degli interessi tutelati con tali norme né, tantomeno, da tale disciplina può ricavarsi la conferma della sussistenza di un obbligo previgente di devoluzione in caso di fusione eterogenea che le nuove disposizioni si limitano a confermare; essa deve intendersi, piuttosto, come un mero adeguamento della normativa di settore alle novità che l'innovativo art. 17 della l. n. 388/2000 ha introdotto nel sistema. Un'indiretta ma assai valida conferma di tutto ciò può cogliersi nel momento in cui si rifletta sulla seguente circostanza: ad oggi, nel caso di fusione eterogenea di una b.c.c. con una banca diversa, in forza dell'art. 150-*bis* del Tub, troveranno applicazione i commi 1 e 2 dell'art. 2545-*undecies* del c.c.; quindi la banca, prima dare seguito all'operazione di fusione, da quanto destinato al fondo mutualistico dovrà sottrarre, oltre al capitale versato e rivalutato ed ai dividendi non ancora distribuiti, anche quanto necessario al raggiungimento del capitale minimo richiesto per la nuova società risultante dalla fusione (26). Tale importo, nella fusione *ex art.* 36 del Tub, non sarà di poco conto visto che per le banche s.p.a. e le banche popolari, ovvero le uniche che posso risultare a conclusione di tale operazione, l'ammontare minimo per il capitale sociale stabilito dalle Istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia è pari a 6.300.000 euro (27). In altri termini, sarebbe errato rite-

(26) Oltre a ciò, un'ulteriore conferma della preminenza riconosciuta all'art. 36 Tub, può ricavarsi dal fatto che per le banche di credito cooperativo, qualificate per legge cooperative a mutualità prevalente, dato che l'art. 150-*bis* Tub esclude l'applicabilità a queste ultime sia dell'art. 2514, comma 2 del c.c., relativo alla modifica delle clausole di mutualità, sia degli artt. 2545-*octies* e 2545-*decies* del c.c., relativi alla perdita della mutualità prevalente ed alla trasformazione, è preclusa la possibilità di procedere ad una trasformazione eterogenea salvo, appunto, l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 36 Tub

(27) Cfr., F. SANTORO, *Le banche di credito cooperativo: trasformazione, fusione eterogenea e contribuzione ai fondi mutualistici*, in *Le banche cooperative e il nuovo diritto societario*, Firenze, 2005, 90; COSTA, *La riforma delle so-*

nera che la tutela della mutualità cooperativa sia da ritenersi o-ramai prevalente rispetto all'esigenza di garantire la stabilità della banca in difficoltà e gli interessi dei creditori di quest'ultima; detto altrimenti, sarebbe un errore ritenere che la difesa della mutualità prevalga su quella disposizione eccezionale qual è l'art. 36 del Tub.

cietà e le banche cooperative, in ABBADESSA-PORTALE (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2005, IV, 1118 ss.; CORVESE, *La trasformazione*, cit., 187; F. SALERNO, *Fusione di banche*, cit., 420 ss.