

Fusioni e devoluzione del patrimonio ai Fondi mutualistici

La Corte costituzionale ha confermato il regime a tutela dell'indivisibilità dei patrimoni cooperativi

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 1, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2001) sollevata, in riferimento agli artt. 3, 101, 102 e 104 della Costituzione, nella parte in cui stabilisce che le disposizioni in materia di devoluzione disinteressata del patrimonio di società cooperative in caso di scioglimento, si applicano anche alle ipotesi di fusione e trasformazione.

Corte costituzionale, sentenza 23 maggio 2008, n. 170

Di Roberto Genco

La sentenza è iperspecialistica, sicuramente. Ma tocca una tema centrale per la natura della cooperazione. Con essa, infatti, la Consulta respingeva l'eccezione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Treviso nel corso della causa tra un Fondo mutualistico per la promozione cooperativa e una banca, circa l'obbligo di devoluzione del patrimonio di un'altra banca incorporata, di credito cooperativo. La mutualità, l'indivisibilità del patrimonio, i benefici a ciò connessi: questi sono alcuni dei temi che vengono in questo modo messi in gioco e analizzati dalla Consulta che si chiede se sia costituzionale la norma interpretativa dettata dall'art. 17 della legge 388/2000.

Questa norma, sotto la rubrica «Interpretazione autentica sull'inderogabilità delle clausole mutualistiche da parte delle società cooperative e loro consorzi», dispone una lettura dell'art. 26 della legge Basevi secondo cui la soppressione da parte delle cooperative delle clausole statutarie antilucratrice e di indivisibilità patrimoniale, ivi previste, «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». Lo stesso regime di devoluzione obbligatoria del patrimonio a favore dei Fondi mutualistici viene esteso in via interpretativa alle ipotesi «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».

I Fondi per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, previsti dagli artt. 11 e 12, legge 59/1992, sono stati, infatti, individuati come i beneficiari della devoluzione patrimoniale. La norma di interpretazione autentica introdotta dalla legge 388 è intervenuta a risolvere le incertezze normative determinatesi, in particolare, in seguito alla previsione (ad opera del Testo unico bancario) di possibili operazioni di trasformazione di banche di credito cooperativo tramite fusione tra queste e «banche di diversa natura da cui risultino banche popolari o banche costituite in forma di società per azioni». Questa circostanza incrinava, infatti, per il settore bancario il divieto di trasformazione delle cooperative in società lucrative, sancito dall'art. 14 della legge 127 del 1971. Il Testo unico bancario del 1993 veniva in questo modo non solo a consentire operazioni di trasformazione, ma rischiava anche, in assenza di un'esplicita estensione dell'obbligo di devoluzione ai casi diversi dallo scioglimento in senso stretto, di vanificare il regime di indi-

visibilità patrimoniale e il conseguente obbligo di devoluzione.

L'approvazione della riforma del diritto societario del 2003 ha introdotto disposizioni radicalmente nuove in tema di cooperative fiscalmente agevolate; di regime delle riserve indivisibili e infine di trasformazione delle cooperative. Con la nuova disciplina il legislatore da un lato ha ammesso la trasformazione delle cooperative, dall'altro ne ha però condizionato l'iter alla devoluzione del patrimonio effettivo della cooperativa trasformata a favore dei Fondi mutualistici, richiamando a tal fine l'art. 17, legge 388/2000.

Occorre sottolineare che il regime della trasformazione delle cooperative e quello di indivisibilità patrimoniale appaiono strettamente legati, in quanto la trasformazione determina il venir meno dei vincoli statutari o quanto meno ne travolge il carattere di imperatività: una volta abbandonata la forma cooperativa, infatti, la disciplina statutaria vincolistica diventa incoerente con lo scopo lucrativo della società trasformata; e anche qualora la cooperativa si trasformi in consorzio o associazione, strutture rispetto alle quali il vincolo di indivisibilità non appare inconciliabile, esso perde comunque il suo carattere irreversibile e diviene una scelta statutaria facoltativa. In mancanza della devoluzione anticipata, l'effetto di affrancamento dal vincolo di indivisibilità conseguente alla vicenda di trasformazione porterebbe ad attribuire ai soci i valori patrimoniali della cooperativa senza che i soci stessi abbiano concorso alla loro formazione: il patrimonio della cooperativa si è infatti accresciuto nel tempo grazie alla progressiva rinuncia, da parte dei soci anteriori, alla ricchezza prodotta dall'attività mutualistica, e risulta evidente la profonda iniquità della sua attribuzione ai soci attuali. Sotto un ulteriore e distinto profilo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, nel precedente regime, ha individuato il senso del divieto di trasformazione delle cooperative «nell'intento di prevenire possibili forme fraudolente di accesso ai benefici previsti per l'esercizio di attività mutualistiche da parte di chi, dopo averli conseguiti, voglia destinarli ad altra attività lucrativa».

Ecco che cosa dice la normativa sulle trasformazioni cooperative

Ma entriamo nel merito della sentenza. Nell'ordinanza di rimessione rileva che l'art. 17 non potrebbe avere efficacia retroattiva senza infrangere le prerogative costituzionali riconosciute all'ordinamento giudiziario. La lettura offerta dal Giudice di merito non sembra del tutto coerente con la giurisprudenza della Corte costituzionale,

la quale ha avuto modo di affrontare ripetutamente il tema evidenziando alcuni principi-guida che, come si vedrà meglio in seguito, non paiono avvalorare le motivazioni adottate dall'ordinanza in esame. La sentenza emanata dalla Corte costituzionale si incentra sulla dimostrazione della natura genuinamente interpretativa della norma di cui all'art. 17, L. 388/2000, che ha cercato di porre rimedio a numerosi contrasti interpretativi. La ricostruzione operata in questo senso consente di ripercorrere i più significativi profili sostanziali del regime della devoluzione patrimoniale.

Il primo aspetto riguarda la riconoscibilità di un diritto di credito dei Fondi alla devoluzione patrimoniale, a fronte dell'impostazione tendente ad affermare la natura sanzionatoria meramente fiscale dell'obbligo di devoluzione. La legge 59/1992 disciplina, in proposito, in modo nettamente diverso l'obbligo di devoluzione patrimoniale a seguito di liquidazione della cooperativa (art. 11, comma 5) rispetto alla destinazione della quota di utili di esercizio (comma 4 dello stesso articolo): mentre, infatti, quest'ultimo viene configurato come un vero e proprio obbligo rivolto a tutte le cooperative, il nuovo regime della devoluzione patrimoniale è configurato attraverso il richiamo «al primo comma, lettera c), dell'articolo 26» della c.d. Legge Basevi, lasciandone intendere, pertanto, un'applicazione limitata alle cooperative che avessero aderito allo schema statutario previsto per l'osservanza dei requisiti mutualistici agevolativi. Tale osservazione, tuttavia, non esclude affatto che qualora si configurino le condizioni soggettive (requisiti statutari in capo alla cooperativa) e oggettive (fatti che determinino l'obbligo della devoluzione), nasca a favore del Fondo mutualistico un diritto di credito alla devoluzione attivabile, come è già stato riconosciuto in giurisprudenza, non solo nei confronti della cooperativa che ha proceduto alla trasformazione ma anche nei confronti della società risultante. Un ulteriore elemento di contrasto interpretativo viene individuato nell'interpretazione del divieto di trasformazione sancito dall'art. 14, legge 127/1971 sopra citata, e segnatamente sull'individuazione del fondamento di tale divieto. Si confrontavano, al riguardo, una lettura della norma basata sulla incompatibilità causale tra cooperativa e lucrativa, ed una tendente invece a riconoscere nella norma una finalità esclusivamente antilucrativa. Le conseguenze delle diverse impostazioni si manifestavano non solo con riguardo alla ammissibilità della trasformazione «inversa» (cioè di lucrativa in cooperativa, ipotesi questa non contemplata dalla norma), ma anche nell'orientamento della giurisprudenza di merito che tendeva a riconoscere la possibilità di trasformazione di cooperativa in società consortile, facendo leva sulla presenza di una comune causa mutualistica. Seguendo ancora la motivazione della sentenza, merita ricordare il contrasto interpretativo sulle operazioni trasformatrici nel settore bancario rispetto all'obbligo di devo-

luzione patrimoniale. Come si è accennato sopra, l'art. 36 del Testo unico bancario, D.Lgs 385/2003, ha previsto la possibilità di adottare fusioni eterogenee, senza alcun coordinamento nè con l'allora vigente divieto di trasformazione delle cooperative, ex art. 14, legge 127/1971, nè con l'art. 26, Legge Basevi.

Mentre la prima lacuna normativa poteva essere agevolmente colmata attraverso il criterio ermeneutico della specialità della disciplina di settore, rimaneva tuttavia aperta la questione relativa all'obbligo di devoluzione, e in particolare il dubbio se fosse configurabile la devoluzione patrimoniale anche in mancanza dell'estinzione della cooperativa (presupposto dall'art. 26 per la destinazione del patrimonio ai Fondi mutualistici). La soluzione affermativa era ricavabile dall'effetto estintivo della fusione e dal determinarsi di un fenomeno di successione universale della società risultante nella posizione della società incorporata o fusa: questa tesi, già largamente prevalente in giurisprudenza, portava ad un'applicazione estensiva, o quanto meno analogica, della fattispecie di liquidazione espressamente contemplata dalla legge Basevi.

Il problema principale è determinare l'oggetto della devoluzione

Il tema della qualificazione della fusione, e del relativo fenomeno successorio che essa determina, è stato ampiamente discusso in dottrina e giurisprudenza e la sua complessità trova una epitome nella formulazione dell'art. 3 della III Direttiva CEE in materia societaria (n. 78/855/CEE del 9 ottobre 1978), laddove si definisce il fenomeno in termini di «scioglimento senza liquidazione» (11). Non si intende entrare nel dettaglio delle diverse interpretazioni che ne hanno sottolineato rispettivamente un effetto successorio mortis causa a carattere universale; ovvero un più limitato fenomeno successorio inter vivos a titolo particolare; ovvero ancora la sua funzione di riorganizzazione dell'impresa. Appare comunque evidente, nella prospettiva di cui ci si occupa, che la fusione eterogenea, al pari della trasformazione, comporta un effetto di abbandono della forma cooperativa e del relativo regime vincolistico patrimoniale il quale, pure in un ambito di continuità dell'impresa, non risulta più suscettibile di trovare applicazione a causa della mutazione dello schema societario di riferimento: sotto questo profilo appare evidente che trasformandosi la cooperativa «si estingue» in quanto società corrispondente ad uno specifico modello normativo, seppure l'impresa prosegue la propria attività.

Sulla scorta di queste ultime considerazioni emerge, infine, la rilevanza dell'ultimo aspetto preso in considerazione dalla sentenza in esame: si tratta forse del problema più delicato posto dal coordinamento delle discipline, costituito dalla determinazione dell'oggetto di devoluzione. Infatti nell'ipotesi originaria dello scioglimento della cooperativa (art. 26, lett. c, legge Basevi), essa si riferisce necessariamente al residuo netto di liquidazione,

e risulta pertanto dalla mera operazione aritmetica in cui si sostanzia tale procedura (liquidazione dell'attivo, pagamento dei debiti sociali, rimborso del capitale ai soci e, infine, devoluzione del residuo). Al contrario, nel caso della trasformazione, l'operazione risulta ben più complessa concettualmente e può corrispondere ad almeno due parametri di riferimento, costituiti (a) dal valore contabile delle riserve patrimoniali indivisibili (che equivale al valore dell'attivo patrimoniale al netto dei debiti sociali e del capitale sociale), (b) ovvero dal valore aziendale determinato secondo il criterio del going concern (sempre, evidentemente, al netto dei debiti sociali e del capitale sociale). Come è noto la legge 388/2000 e successivamente le disposizioni introdotte dalla riforma del 2003 hanno individuato quest'ultimo criterio (precedentemente adottato dal Ministero delle Finanze con la Circolare 30 ottobre 2000, n.195/E), facendo espresso riferimento al «valore effettivo» del patrimonio della cooperativa.

Affermando la genuina natura interpretativa della norma oggetto del giudizio in esame, ed escludendone pertanto il carattere innovativo, l'impostazione assunta dalla Corte previene e rende superfluo l'esame di ulteriori profili che pure avrebbero potuto essere coinvolti e che trovano ampio riscontro nella giurisprudenza costituzionale. In numerose pronunce della Corte appare, infatti, ampiamente riscontrabile la tesi secondo cui il principio di irretroattività della legge, espressamente sancito in materia penale dall'art. 25, comma 2, cost., non costituisce un canone inderogabile nelle altre materie, e pertanto ben possono configurarsi norme retroattive non soltanto di tipo interpretativo. Tale facoltà del legislatore incontra tuttavia limiti di costituzionalità che ne condizionano l'esercizio essenzialmente a tre distinti parametri individuati nel criterio di ragionevolezza, nella tutela dell'affidamento (particolarmente rilevanti sotto il profilo del rispetto del principio di parità di trattamento ex art. 3, cost.), nonché nel rispetto delle attribuzioni dell'ordinamento giudiziario.

Segnalando che, comunque, le stesse norme di interpretazione autentica non sono immuni da un sindacato di costituzionalità alla stregua di tali regole, il criterio di ragionevolezza trova una particolare esplicitazione nel principio di parità di trattamento e di uguaglianza ex art. 3 cost.. Per quanto riguarda la lesione dell'affidamento dei destinatari delle norme, il criterio enucleato si pone in relazione con il diritto alla tutela giudiziaria dei diritti, sancito dall'art. 24 cost. Rispetto, infine, alla tutela costituzionale delle prerogative dell'ordinamento giudiziario, il sospetto di incostituzionalità avanzato dall'ordinanza di remissione, appare posto in termini radicalmente difforni da quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che ha enucleato, quali parametri rilevanti in proposito, non già la generica interferenza del legislatore dell'interpretazione normativa (potere implicito nella potestà di emanazione normativa) ma esclusivamente la violazione dell'intangibilità del giudicato e l'arbitraria incidenza su giudizi in corso.

