

# **Le relazioni finanziarie tra banca e industria**

## **CAPITOLO I**

### **Le partecipazioni delle imprese bancarie nelle imprese industriali**

1. Le relazioni finanziarie tra banca e industria tra fine '800 e inizio '900: l'insufficiente liquidità del settore industriale e le prime crisi creditizie
2. La legge bancaria del 1926 e la netta separazione tra banca e industria
3. La formazione del mercato unico europeo nel settore bancario e la rivisitazione del rapporto imprese finanziarie e non finanziarie
4. Le partecipazioni detenibili dalle banche nelle imprese non finanziarie
5. La concessione del credito e l'assunzione delle attività di rischio

## **CAPITOLO II**

### **La partecipazione delle imprese industriali nelle imprese bancarie**

1. La partecipazione al capitale delle banche
2. Il controllo preventivo sull'acquisto di partecipazioni rilevanti
3. L'autorizzazione della Banca d'Italia
4. La separatezza fra banca e industria
5. La trasparenza degli assetti proprietari: obblighi di comunicazione

6. La commistione tra banca e industria: inefficienze, instabilità e benefici
7. La *governance* per una sana e prudente gestione

## **CAPITOLO III**

### **Le obbligazioni degli esponenti bancari ed il conflitto d'interessi nell'attività bancaria**

1. Le obbligazioni degli esponenti bancari e la concessione di credito in favore di azionisti ed esponenti bancari
2. L'art. 136, T.U.B.: l'ambito "soggettivo" di applicazione
3. L'ambito "oggettivo" di applicazione
4. Il divieto di contrarre obbligazioni «direttamente» o «indirettamente»
5. Il comma 2-bis dell'art. 136 T.U.B. e l'estensione dell'ambito di applicazione
6. Il procedimento per contrarre obbligazioni

### **Bibliografia**

## CAPITOLO I

### Le partecipazioni delle imprese bancarie nelle imprese industriali

#### 1. Le relazioni finanziarie tra banca e industria tra fine '800 e inizio '900: l'insufficiente liquidità del settore industriale e le prime crisi creditizie

Il problema del rapporto tra banca e industria va considerato sotto due distinti profili: quello delle partecipazioni bancarie nell'industria e quello delle partecipazioni delle imprese industriali nel capitale bancario. Quest'ultimo profilo, come si avrà modo di constatare nel prosieguo, sarà oggetto di intervento legislativo solo a partire dagli anni '90.

Il primo profilo, invece, destò l'attenzione del legislatore già a partire dai primi anni successivi all'unità d'Italia. Il sistema bancario di allora si presentava disomogeneo e privo di una legislazione speciale che regolamentasse l'attività bancaria e gli istituti di emissione<sup>1</sup>. In questa prospettiva, quindi, era impensabile l'esistenza di una norma diretta a disciplinare le relazioni finanziarie e i rapporti in generale tra banca e industria.

La mancanza di una legislazione speciale per l'attività bancaria non significava, però, la totale esclusione delle banche da ogni forma di controllo o di regole. Ai sensi dell'art. 8 codice di commercio del 1882, le "operazioni di banca" erano qualificate

---

<sup>1</sup> Nell'Italia post unitaria in particolare agli inizi degli anni '90, gli istituti di emissione erano sei: la Banca Nazionale, la Banca Romana con sede a Roma, La Banca Nazionale Toscana e la Banca Toscana di credito a Firenze, il Banco di Napoli a Napoli e il Banco di Sicilia a Palermo. Tali istituti a differenza delle strutture creditizie specializzate nell'erogazione di particolari tipi di credito, soggette al solo rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività, erano sottoposte a penetranti controlli pubblici affinché non venisse minata la credibilità e la quantità della moneta bancaria in circolazione. Le esigenze di unificazione erano ben evidenti e il passo decisivo venne compiuto con la costituzione della banca d'Italia nel 1893, in seguito alle crisi bancarie del 1892.

come atti di commercio ed in quanto tali, chiunque li svolgeva professionalmente, veniva qualificato come "commerciante"<sup>2</sup>. L'assenza di una disciplina separata tra imprese bancarie e imprese industriali - entrambe soggette al diritto comune che manifestava i suoi limiti nell'incapacità di conciliare l'interesse dei risparmiatori con l'interesse di coloro che cercavano finanziamenti - portò alla formazione di un diritto speciale che disciplinava l'attività svolta da una serie di strutture creditizie specializzate nell'erogazione di particolari tipi di credito: istituti di credito fondiario, banche e istituti di credito agrario, il Consorzio di credito per le opere pubbliche e l'Istituto di credito per le imprese di pubblica utilità<sup>3</sup>.

Va, peraltro notato, che nell'ambito del diritto comune, sulla base dell'autonomia statutaria, si delinearono alcuni particolari tipi di imprese bancarie i cui caratteri si sarebbero poi trasfusi in statuti legislativi speciali, che per lungo tempo hanno disciplinarono quelle categorie di imprese bancarie. Ciò accadde per le Casse rurali e per le banche popolari. Le une e le altre organizzate secondo il modello delle società cooperative, le Casse per lo più a responsabilità illimitata e le Banche popolari per lo più a responsabilità limitata; le prime con un'operatività prevalentemente rivolta al settore agricolo, le seconde proiettate più verso i settori commerciali e piccoli industriali. Queste due categorie di banche avevano acquisito, già prima del 1926, una tipicità organizzativa ed operativa che le differenziava profondamente dalle imprese bancarie ed, in particolare, dalla massa delle aziende di credito cosiddette «ordinarie». Ma anche

---

<sup>2</sup> Si veda R. Costi, *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna, 2001, 25

<sup>3</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, 26

queste ultime, nel periodo successivo all'unità d'Italia, mutarono profondamente i modelli operativi indirizzandosi verso il modello del credito mobiliare importato dall'esperienza francese ed il modello quello della banca mista di derivazione tedesca.

Il primo modello, al quale si attennero le aziende di credito ordinarie nei rapporti di finanziamento dell'attività industriale nel trentennio successivo all'unificazione, fu quello del credito mobiliare importato dall'esperienza francese<sup>4</sup>.

Le relazioni politico-diplomatiche tra l'Italia e la Francia del Secondo Impero, oltre ad aver dato avvio all'apertura dell'economia nazionale alla *haute banque* parigina, avevano influenzato la legislazione societaria e il sistema finanziario italiano, che si erano sviluppati su una matrice giuridico - amministrativa francese. Le relazioni diplomatiche e i flussi di capitale tra i due paesi agevolarono l'importazione del modello del credito mobiliare che in Francia aveva avuto un notevole successo<sup>5</sup>. Le banche che si uniformarono a tale modello per l'erogazione dei finanziamenti alle industrie furono: la Banca Generale e la Società Generale di credito mobiliare.

Il modello del credito mobiliare si caratterizzava, per quanto concerne la raccolta del risparmio, facendo appello al pubblico risparmio attraverso l'emissione di titoli di partecipazione, mentre sotto il profilo degli impieghi, procedeva alla concessione del credito a breve e lunga scadenza attraverso la sottoscrizione di obbligazioni e all'acquisizione di partecipazioni nel capitale sociale dell'impresa finanziata<sup>6</sup>. Le banche di credito

---

<sup>4</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, 28 e G. Conti *Finanza di impresa e capitale di rischio in Italia (1870-1939)*, in "rivista di storia economica", 1993, n. 3, 308

<sup>5</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 309

<sup>6</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, 36

mobiliare avevano ad oggetto, prevalentemente, le operazioni di credito mobiliare, consistenti nell'emissione di titoli di società industriali, per lo più, ferroviarie o dei servizi pubblici, con finalità di valorizzazione finanziaria.

In altri termini, l'operazione era realizzata mediante trattative svolte tra gli enti che progettavano l'investimento (stato o società industriali) e le banche di credito mobiliare che assumevano in blocco i titoli emessi, per poi offrirli a banche e banchieri di minore lignaggio o a capitalisti privati. Questo tipo di operazioni furono messe in atto, per lo più, nel periodo di boom edilizio degli anni ottanta in cui furono realizzate grandi opere per la costruzione di infrastrutture pubbliche, tra cui la rete ferroviaria<sup>7</sup>.

Questo sistema, in assenza di controlli pubblici sulla partecipazione delle banche al capitale industriale, facilitò il coinvolgimento delle imprese bancarie nelle attività d'impresa e nelle attività speculative. In effetti, non appena dilagò la prima crisi economica alla fine degli anni ottanta, le imprese bancarie travolte, tra cui la Banca Generale e la Società Generale del Credito Mobiliare, portarono alla luce i primi problemi di liquidità e di instabilità della struttura finanziaria italiana. Va, peraltro, notato che i modelli di gestione bancaria e finanziaria, adottati dalle banche summenzionate, facevano riferimento al modello francese da cui, però, l'Italia si distinguevano "i) per la struttura del mercato monetario ii) per l'affermazione di un ordinamento commerciale ibrido"<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 310 e T. Fanfani-G. Conti, *Il sistema bancario italiano tra crisi e stabilità: dagli «anni neri» alla ripresa del primo Novecento*, in *Bancaria*, 2006, 3

<sup>8</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 311

Il mercato monetario italiano, sul quale si fondava la liquidità delle banche, non aveva le dimensioni e le caratteristiche di quello francese, mentre l'ordinamento commerciale elaborato come supporto a tale modello finanziario risultò inadeguato a sostegno dello sviluppo delle società per azioni, ancorate alla logica patrimonialistica delle imprese familiari o delle accomandite semplici<sup>9</sup>. La crisi del 1892/93 mise in luce l'insuccesso e il definitivo dissesto degli istituti di credito mobiliare che, incapaci di far fronte ai problemi di liquidità, caddero in dissesto pur in presenza di consistenti rifinanziamenti da parte degli istituti di emissione.

Dunque tali istituti, sottratti ad ogni controllo pubblico, si lasciarono coinvolgere nelle attività speculative che avevano caratterizzarono (soprattutto nel settore edilizio) i primi decenni successivi all'unificazione e subirono violentemente gli effetti della crisi economica che colpì l'Italia alla fine degli anni ottanta. Tentarono di far fronte ai problemi di liquidità raccogliendo depositi, anche a vista ma, così operando, resero ancora più precario il loro equilibrio finanziario. Nonostante i massicci rifinanziamenti da parte degli istituti di emissione, non resistettero ai riflessi finanziari della crisi economica determinando un vero e proprio crollo del sistema bancario; crollo che coinvolse gli istituti di emissione e che determinò, con il riordino di questi ultimi (1893), anche la nascita del modello della banca mista<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 312

<sup>10</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, 38

Alla crisi economica si affiancava un contesto politico istituzionale instabile e afflitto da un groviglio di vicende che portarono alla luce fenomeni di corruzione e collusione<sup>11</sup>.

Alla crisi della Società Generale del Credito Mobiliare e della Banca Generale seguì una fase di ripresa, seppur breve, con la nascita della banca d'Italia nel 1893 e l'introduzione del modello della banca mista sull'esempio tedesco.

Il modello della banca mista si differenziava dal modello del credito mobiliare, per lo più, sotto il profilo della raccolta del risparmio, che veniva realizzato non mediante emissione di titoli di partecipazione ma attraverso lo strumento del deposito. Per quanto concerne gli impieghi, invece, non ci si discostò molto dal modello del credito mobiliare, continuando ad affiancare all'erogazione del credito, l'acquisizione di partecipazione nel capitale industriale<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Al dissesto del Credito Mobiliare e della Banca Generale, si affiancavano sciagure ancora più gravi che affliggevano l'Italia. Maffeo Pantalonì parla di una «banca rotta morale immensa» che colpisce il cuore, non solo del sistema finanziario ma soprattutto quello politico. La commissione ministeriale di inchiesta sul funzionamento degli istituti di emissione (affidata al Senatore Giacomo Alvisi per il controllo sull'operato della banca romana) e la commissione di inchiesta Pinot-Chauvet portarono alla luce che parte delle amministrazioni dello Stato erano corrotte, che la magistratura era debole e corrotta, che la Banca Romana (istituto di emissione) era amministrata da un covo di malfattori. La relazione Alvisi sullo scandalo della banca romana - portò alla luce gravi reati e collusioni con il mondo politico, oltre all'emissione clandestina di 70 milioni di biglietti di banca già in circolazione - su decisione di Giolitti, allora ministro del tesoro, fu mantenuta segreta ed insieme ad essa anche le gravi responsabilità che gravavano sul governatore della Banca Romana, Bernardo Tanlongo. Dopo la caduta di Crispi il governo Giolitti del 1892 mantenne ancora segreta la relazione Alvisi, ma quest'ultimo timoroso e preoccupato per la sua vita affidò una copia all'amico Leone Wollenborg con la raccomandazione di renderla pubblica in caso di morte. Wollenborg insieme a Maffeo Pantalonì e Deviti De Marco decisero di renderla pubblica. La relazione dell'inchiesta Alvisi fu resa pubblica il 20 dicembre 1892 dal deputato repubblicano Napoleone Colajanni al quale si era rivolto Maffeo Pantalonì. Nel '93 per accertare la veridicità delle accuse emerse dalla relazione Alvisi fu nominata una nuova commissione affidata al senatore Gaspare Finali, il quale in poco tempo accertò le irregolarità e i reati della Banca Romana: 70 milioni di biglietti in circolazione clandestina; 20 milioni di ammanchi di cassa; 40 milioni di biglietti a serie doppia. La parentesi Giolittiana si concluse con le dimissioni di Giolitti nel 1893 dopo che era stata resa pubblica, da Crispi, la sua complicità nella vicenda della Banca Romana. Per ulteriori informazioni si veda R. Feola, *Governo politica istituzioni, dall'unificazione all'età giolittiana*, Napoli, 2004, 128. Occorre richiamare, in relazione ai fenomeni di corruzione, quanto precedentemente osservato a proposito delle operazioni svolte in campo edilizio dalle principali banche. Una grande ventata di operazioni speculative coinvolse le grandi città come Roma, Milano e Napoli, dove non mancarono fenomeni di corruzione con le amministrazioni politiche. Una corsa all'acquisto di terreni edificabili, si avviò tra le banche con l'obiettivo di rivenderli ad un prezzo superiore. Per far questo li cedevano a credito a privati e costruttori, accendendo ipoteca sul terreno sul quale dovevano iniziare i lavori per la costruzione dei palazzi. L'auge della speculazione si raggiunse verso la fine del 1887 quando, il livello dei prezzi dei terreni iniziò a calare e si innescò il processo inverso che aveva alimentato la corsa all'acquisto. Le banche, cessarono l'acquisto dei terreni che non risultava più remunerativo, dato che avevano difficoltà a vedersi rimborsare il capitale concesso pur procedendo mediante l'esproprio dei terreni. Quest'ultimo, infatti, si rivelò inefficace al recupero dei capitali investiti, poiché, pur con il passaggio degli immobili costruiti nelle mani delle banche il deprezzamento degli edifici ne rendeva difficile la vendita o la locazione. Per ulteriori si veda, T. Fanfani-G. Conti, *op. cit.*, 3

<sup>12</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 37



Con il modello della banca mista si consolidarono ulteriormente le relazioni finanziarie tra banca e industria. Le banche iniziarono a sostenere consistenti rischi industriali, soprattutto nei settori più affermati dell'industria cotoniera, siderurgica, elettrica, meccanica e chimica.

Le banche miste, uniche ad essere dotate di sufficiente liquidità nel sistema economico, a partire dalla fine del XIX secolo, avviarono una serie di operazioni dirette a sostenere i rischi delle attività industriali nel settore cotoniero e della seta. Con l'avanzare degli anni, le banche estesero i propri impieghi in settori di recente formazione o in settori che avevano avviato un processo di ristrutturazione, come la siderurgia, l'industria elettrica, la meccanica e la chimica<sup>13</sup>.

L'interesse delle banche miste nel comparto industriale era, da un lato, volto a selezionare le imprese più importanti e solide, offrendo loro una vasta gamma di servizi bancari, al fine di instaurare relazioni finanziarie di reciproca fiducia. Dall'altro lato, era volto a conservare la funzione di intermediari nel finanziamento delle imprese e a salvaguardare la posizione creditoria. L'acquisizione ed il collocamento delle azioni aveva finalità ben precise: consolidare i legami con le società partecipate ed esercitare su di esse forme di incentivo ad una gestione efficiente.

A partire dal 1904, il boom borsistico e le grandi banche miste divennero il fulcro di un movimento intenso sul capitale delle società anonime (non finanziarie) per nuove costituzioni,

---

<sup>13</sup> Tra le banche miste ritroviamo la Credit e la Comit, quest'ultima assunse partecipazioni nella società elettrica Vizzola e nell'Elba, mentre nei cantieri Pattison di Napoli oltre ad essere il maggiore finanziatore, assunse responsabilità diretta nella gestione. La Comit, inoltre, ebbe un ruolo di rilievo nella costituzione di nuove società come Fiat-Ansaldo, Distillerie e Vetterie Riunite, Acciaierie, Ferriere Lombarde, Cantieri Navali Riuniti. Per una dettagliata analisi sul tema si rinvia a T. Fanfani G. Conti, op., cit., p. 4

trasformazioni, fusioni e acquisizioni di partecipazioni azionarie<sup>14</sup>. Di fronte a questa fase di progressivo aumento del capitale azionario delle società anonime, avvenuto, per lo più, per atti nuova costituzione, le banche miste ne erano direttamente interessate (per la capitalizzazione delle imprese, per il sistema delle garanzie su crediti, per la partecipazione ai sindacati di collocamento).

Inoltre, le grandi banche acquisirono un ruolo importante nella crescita della borsa, ricorrendo anche alla speculazione attraverso mediante operazioni di riporto. In questo contesto, l'acquisizione ed il collocamento dei titoli azionari serviva a rinsaldare i legami attorno alle società verso le quali gli impegni finanziari erano più rilevanti e intensi. L'aumento del capitale serviva a ristabilire l'adeguatezza patrimoniale necessaria a sostenere l'indebitamento che, per le imprese, costituiva, insieme ai profitti accantonati, la fonte per consentire la crescita degli investimenti e la realizzazione delle strategie societarie di acquisizione di partecipazione e di altre operazioni finanziarie. Insomma, per le banche i titoli azionari costituirono uno strumento di garanzia trasferibile ed un mezzo per esercitare pressioni sulla gestione della società.

I vantaggi delle operazioni di credito mobiliare, realizzate dalle banche, presupponevano un'intensa attività di trading sul mercato. In questo modo esse contribuirono a far entrare nel mercato nuove società e titoli industriali sui mercati ufficiali e non. Il mercato obbligazionario era, tuttavia, poco diffuso e penalizzato a causa di vincoli normativi che ne consentivano l'emissione per un ammontare non superiore al 10% del capitale

---

<sup>14</sup> T. Fanfani G. Conti, *op. cit.*, p. 6

sociale. Per questo l'esigenza delle banche di dare mobilità ai propri finanziamenti incentivò le trasformazioni societarie e, con esse, l'emissione di azioni, con le quali non si faceva altro che trasformare parte dei debiti in partecipazioni<sup>15</sup>.

Il modello delle banche miste, che in presenza del progressivo aumento della capitalizzazione delle società per azioni sembrava far venir meno il ruolo di intermediario per eccellenza, costituì, per un verso, un adeguamento finanziario alle esigenze della grande industria in fase di sviluppo - permettendo la trasformazione in anonime di imprese manifatturiere e dell'industria di base - e, per un altro, un modo per controbilanciare le carenze di controllo sulle società, proprie del codice di commercio vigente.

Le trasformazioni in società per azioni offrivano non pochi vantaggi alle imprese che adottavano questa nuova forma giuridica di organizzazione. Oltre a consentire il privilegio della responsabilità limitata, ampliava la capacità di credito presso le banche permettendo a quest'ultime di intervenire sul processo decisionale, nonché di controllare altre società con partecipazioni minoritarie e, di conseguenza, di evitare un eccessivo immobilizzo dei capitali da parte dei soci di maggioranza. Tuttavia, dalle operazioni di trasformazione in società per azioni non traevano vantaggi solo le imprese industriali, ma anche quelle bancarie: da parte industriale, oltre ai vantaggi summenzionati, la convenienza risiedeva nella possibilità di sostenere lo sviluppo dell'impresa attraverso l'accesso e il collocamento sul mercato del credito delle proprie azioni; da parte bancaria, i vantaggi erano legati alla possibilità di esercitare

---

<sup>15</sup> Cfr., T. Fanfani G. Conti, *op. cit.*, p.6

su di esse una ferrea sorveglianza sulla redditività dei titoli in possesso e tutelare i propri crediti<sup>16</sup>.

La crisi internazionale di liquidità del 1907 mise in evidenza l'instabilità e il mal funzionamento della banca mista all'italiana. Sino ad allora il modello era riuscito ad adattarsi e a coordinare la legislazione societaria e il mercato dei capitali, entrambi volti ad assicurare forme di controllo sulle imprese, piuttosto che garantire le funzioni finanziarie necessarie allo sviluppo delle moderne società per azioni.

L'ordinamento delle società per azioni italiane presentava forme di controllo e di vigilanza sulla gestione inefficaci, che indussero le banche miste a selezionare strumenti alternativi per l'esercizio del controllo. Le banche, solitamente, instauravano rapporti più stretti ed intensi con la speculazione di borsa avvalendosi dei riporti e delle procure in bianco per accedere nei consigli di amministrazione e raggiungere le maggioranze in assemblea.

Il che favorì operazioni speculative nei mercati dei capitali, a tal punto, che questi ultimi divennero lo strumento per il controllo societario. In questo contesto, la liquidità delle banche dipendeva, per lo più, dall'andamento delle quotazioni del mercato borsistico, il che accentuava la fragilità e l'instabilità del sistema a causa delle perdite sulle partecipazioni, con una contestuale riduzione dei margini di garanzia sui crediti.

La Società Bancaria Italiana, che rispetto alle altre società si era maggiormente esposta al finanziamento e ad attività speculative, fu travolta in pieno dalla crisi del 1907. La Banca d'Italia, preoccupata di reazioni a catena nell'intero sistema

---

<sup>16</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, p. 313

bancario decise, onde evitare che la crisi dilagasse nell'industria, di intervenire insieme ai maggiori istituti di credito per arginare la crisi<sup>17</sup>.

Le forti commistioni instauratesi tra banca e industria non furono le sole cause che determinarono i crolli bancari del 1907, che si moltiplicarono non solo per la stretta commistione creatasi tra banca e industria, «ma anche per l'irrazionalità delle strutture del mercato bancario, sovraffollato da imprese non dotate degli strumenti patrimoniali necessari per reggerne il confronto. Si poneva, quindi, un problema di semplificazione del mercato bancario e di stabilità delle imprese bancarie non risolvibile attraverso le norme di diritto comune dettate dal Codice di commercio»<sup>18</sup>.

Al termine del primo conflitto mondiale il sistema creditizio si presentava ancora incapace di affrontare le difficoltà finanziarie della riconversione industriale. Le innovazioni introdotte non modificarono il sistema bancario ma furono incentrate, per lo più, sulla difesa e gestione dei pacchetti azionari di controllo mediante: la diffusione di azioni a voto plurimo e la costituzione di società finanziarie aventi per scopo la razionalizzazione del controllo societario<sup>19</sup>. Tuttavia, la costituzione di tali società finanziarie e di holding di controllo, ostacolò la ristrutturazione di quei meccanismi che avevano assicurato il finanziamento industriale e garantito liquidità e solvibilità per le grandi banche. Le imprese che riuscirono ad ottenere l'autonomia finanziaria - attraverso i consistenti proventi

---

<sup>17</sup> Si veda, T. Fanfani G. Conti, *op. cit.*, p.10

<sup>18</sup> Cfr. R. Costi, *op. cit.*, 37

<sup>19</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 322

realizzati durante la guerra - erano soprattutto industrie belliche, mantenute dalle commesse dello stato.

Tra il 1922 e il 1925 si svilupparono forme di controllo e di finanziamento indirette, mediante operatori o istituzioni di copertura (ad esempio gli agenti di borsa), ai quali le banche fornivano i finanziamenti che questi utilizzavano in riporti. Oppure, attraverso la costituzione di società finanziarie e di sindacati di controllo, nonché mediante la custodia di titoli che permetteva alle banche di esercitare i relativi diritti mediante operazioni tecnicamente "fuori bilancio".

Anche le holding bancarie, adottavano modalità di finanziamento indirette, attraverso la concessione di crediti alle società controllate. Quest'ultime, utilizzavano i crediti per l'acquisto delle azioni emesse dalla capogruppo e questa, a sua volta, li riutilizzava per acquistare altri pacchetti azionari o per difendere la sua posizione di controllo da eventuali scalate ostili<sup>20</sup>.

La costituzione di gruppi industriali, con a capo una holding bancaria, già agli inizi degli anni '20 manifestò segnali di instabilità derivanti da complesse operazioni finanziarie realizzate per il procacciamento dei mezzi finanziari. Tali operazioni, seppur dirette a controllare i mutamenti nella compagine sociale e a guidare le politiche di finanziamento, non permisero l'instaurazione di rapporti stabili tra banca e industria e, soprattutto, di reciproca fiducia. Le banche si ritrovarono acquirenti di titoli dai quali dipendeva, la possibilità di erogare finanziamenti alla clientela, la solvibilità patrimoniale dei debitori

---

<sup>20</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, 323

e della banca stessa<sup>21</sup>. In un simile contesto era inevitabile che un'eventuale crisi (come quella che sarebbe deflagrata nel '29), pur colpendo un solo settore, si sarebbe espansa anche sull'altro.

Alla crisi della Società Bancaria Italiana seguì il crollo della Banca Italiana di Sconto<sup>22</sup>, nel 1921. Il che evidenziò, ancora una volta, l'esistenza di una lacuna normativa nel settore creditizio, incapace di tutelare il sistema economico nazionale sia dal lato delle imprese industriali prenditrici di finanziamento, sia da quello dei depositanti<sup>23</sup>. Le vicende che accompagnarono il dissesto finanziario della Banca di Sconto avevano evidenziato la pericolosità e rischi connessi ad un'eccessiva commistione tra gestione bancaria e gestione industriale, soprattutto quando si realizzavano all'interno di un gruppo di imprese industriali con a capo una holding bancaria. Emersero rischi anticoncorrenziali<sup>24</sup>, da un lato, e di instabilità delle banche e delle industrie dall'altro.

## **2. La legge bancaria del 1926 e la netta separazione tra banca e industria**

Esemplari sono le relazioni finanziarie tra imprese bancarie ed industriali sommariamente esposte nel precedente paragrafo, al fine di intuire le ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire sul rapporto banca - industria, esclusivamente sotto il profilo delle partecipazioni bancarie nel capitale delle imprese

---

<sup>21</sup> Cfr., G. Conti, *op. cit.*, p. 324 e Guaccerò A., *La partecipazione del socio industriale nelle società per azioni bancarie*, Milano, 1997, 12 ss.

<sup>22</sup> La Banca Italiana di Sconto era nata alla fine del 1914, con la diretta partecipazione al capitale dei fratelli Perrone, azionisti dell'Ansaldo. Le vicende della Banca di Sconto, dalla sua costituzione al crollo, furono intimamente collegate con le manovre realizzate dal suo principale prenditore di finanziamento: il gruppo Ansaldo che necessitava di un adeguato sostegno finanziario per agevolare il ridimensionamento produttivo e la riconversione dell'industria bellica nel primo dopoguerra.

<sup>23</sup> La maggior parte dei depositi erano costituiti dal capitale delle imprese industriali appartenenti solitamente ad un gruppo con a capo una banca holding, messi a disposizione ad alternanza dell'una o dell'altra impresa a secondo delle loro esigenze. Quindi, rifiutare il prestito ad una delle imprese significava perdere contemporaneamente anche il deposito.

<sup>24</sup> Per ulteriori informazioni in tema di separazione si veda, Guaccerò A., *op. cit.*, p. 13

industriali. Questo profilo rispecchiava l'esistenza di rapporti tra banca partecipante-finanziante ed impresa partecipata-finanziata che si traducevano, senza generalizzare, in un'inefficiente controllo sulla gestione dell'impresa industriale da parte delle banche. Da tener presente, tuttavia, che tra le concause generanti le crisi creditizie, non vi furono solo gli errori strategici da parte delle banche nella gestione delle imprese industriali ma altresì la fragilità del settore industriale e la scarsità di capitali<sup>25</sup>.

Largamente diffusa è l'opinione che individua la commistione tra i due termini del rapporto - perlomeno nelle forme e nell'intensità che si sono realizzate sino alle prime riforme dell'ordinamento bancario - come concausa più rilevante che portò alle gravi crisi di inizio '900. L'espressione, «mostruosa fratellanza siamese» usata da Mattioli per definire i rapporti di finanziamento preferenziali che le banche avevano instaurato con poche, grandi imprese, appare icastica ed appropriata per comprendere l'essenza e la gravità del problema<sup>26</sup>. Piero Sraffa sottolineava che «il pericolo maggiore insito nel finanziamento bancario dell'industria sta nelle relazioni tra banca e industria che ne conseguono. È naturale che la banca pretenda, per la propria stessa salvezza, di sovrintendere, influenzare o frenare l'impresa cui essa ha affidato il proprio capitale. [...] Le grandi industrie sono dal canto loro stimolate a rendersi indipendenti acquistando il controllo di una banca e ottenendo così, senza sottostare a pesanti imposizioni il necessario sostegno finanziario. [...]»<sup>27</sup>. Il problema esige, dunque, interventi immediati, diretti

---

<sup>25</sup> Cfr. A. Guaccero, op., cit., 10.

<sup>26</sup> Cfr., R. Mattioli, *I problemi attuali del credito*, in "Mondo economico", 1962, 1-5; P. Ciocca F. Frasca, *I rapporti fra industria e finanza: problemi e prospettive*, in "Politica Economica", 1987, 40

<sup>27</sup> Cfr., P. Sraffa, *La crisi bancaria in Italia*, in "saggi", 1986, p. 236; R. Mattioli, op. cit., p.39



a garantire alle banche l'indipendenza dalle imprese industriali oltre che dai politici, al fine di poter esercitare il giudizio sul miglior uso, quanto a rendimento e rischio, del credito a loro disposizione<sup>28</sup>.

I provvedimenti legislativi del 1926 e del 1936/38 furono una risposta diretta alle condizioni critiche in cui versava il sistema economico ed, in particolar modo, quello bancario-finanziario. Si trattava delle prime riforme strutturali che portarono alla formazione di un nuovo sistema improntato su un rigido principio di separatezza tra banca – industria. In sostanza, la legislazione in materia bancaria rappresentava un intervento che ormai non poteva più essere rinviato, nell'interesse non solo dei risparmiatori e del credito, ma soprattutto del sistema economico nazionale<sup>29</sup>.

La crisi della Banca Italiana di Sconto del 1921 aveva sollecitato i primi interventi normativi in materia, dando vita ad un movimento per la creazione di uno statuto speciale delle imprese bancarie che sfociò nei provvedimenti per la tutela del risparmio del 1926, (R.D.L. 7 settembre 1926, n. 1511, e 6 novembre 1926, n. 1830 rispettivamente convertiti in legge il 23 giugno 1927, n. 1107 e 1108). Questi provvedimenti erano finalizzati alla realizzazione del risanamento monetario e bancario, mediante l'unificazione degli istituti di emissione. Il R.D.L. 6 maggio 1926 n. 812, che li aveva preceduti, conferiva alla sola Banca d'Italia il potere di emettere biglietti di banca<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Cfr., R. Mattioli, *op. cit.*, p. 40

<sup>29</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>30</sup> Alla Banca d'Italia furono trasferite anche le riserve e passività dei biglietti del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia, i quali pur rimanendo banche pubbliche perdevano la natura di istituti di emissione. Ivi, p. 39

La legge bancaria del 1926 (R.D.L. n. 1511/1926) introduceva una disciplina comune alle aziende e agli istituti di credito ed alcuni gruppi di norme specifici per ciascuna di queste due categorie di imprese. Alla Banca d'Italia la nuova legge attribuiva la vigilanza con poteri ispettivi sia sulle aziende di credito sia sugli istituti di credito (si avviava una differenziazione tra aziende ed istituti poi recepita dalla legge bancaria del 1936).

Alle aziende bancarie veniva richiesto un capitale minimo ed imposto il rispetto di vincoli obiettivi, sia per quanto concerne la formazione delle riserve (da alimentarsi con almeno un decimo degli utili fino al raggiungimento del 40% del capitale), sia per quanto atteneva al rapporto minimo consentito tra patrimonio e depositi (stabilendo che il primo non può essere inferiore ad un ventesimo dei secondi, comunque costituiti). Veniva così introdotto l'istituto della riserva obbligatoria, con lo scopo di favorire la liquidità e la stabilità delle aziende di credito.

Comuni, invece, alle aziende bancarie ed agli istituti furono le norme che si preoccuparono di impedire la concentrazione dei rischi: ad entrambe veniva imposto il limite quantitativo di fido, in base al quale nessuna azienda o istituto poteva concedere ad un unico obbligato affidamenti per un ammontare superiore ad un quinto del patrimonio dell'ente creditizio<sup>31</sup>.

In sostanza, la disciplina prevedeva una serie di vincoli diretti a garantire la liquidità delle aziende e ad impedire la concentrazione dei rischi. Vincoli, che in linea di principio, erano funzionali al perseguimento delle esigenze economiche di stabilità del mercato e delle imprese bancarie, indispensabili per permettere alle banche di espletare la loro funzione a sostegno

---

<sup>31</sup> Si rinvia a R. Costi, *op. cit.*, p 43; A. Guaccero, *op. cit.*, p. 24

dello sviluppo economico. In quest'ottica, si può meglio comprendere il ruolo svolto dalle banche miste nel processo di industrializzazione italiana. Il superamento del modello bancario francese – per lo più interessato agli investimenti nel settore edilizio più che a quello industriale – in favore di quello tedesco (delle banche miste) permise all'Italia di superare quella fase stagnante di sottosviluppo industriale, mediante l'apporto di capitali alle imprese industriali emergenti o in fase di ristrutturazione e soprattutto, attraverso l'intervento diretto nella gestione dell'impresa.

Gli anni '20 corrisposero, tuttavia, alla fase di maggiore coinvolgimento delle banche miste nell'industria e al periodo in cui si costituirono numerosi gruppi creditizio-industriali fra le grandi imprese incapaci di autofinanziarsi e le banche miste che rivestivano il ruolo di holding capogruppo<sup>32</sup>. Quest'ultime si adoperavano per attuare la strategia finanziaria più efficiente al fine di sostenere lo sviluppo di ogni singola azienda facente parte del gruppo, preoccupandosi, se necessario, di integrare o di differenziare le imprese. Si crearono così stretti rapporti tra la banca di Sconto e l'Ansaldo, tra il Credito Italiano e la Fiat, tra Comit e Fiat, ecc. Va peraltro considerato che questi colossi industriali non agivano da soli, ma orbitavano intorno a questa o a quella banca, e qualunque tentativo di ulteriore concentrazione passava inevitabilmente attraverso la scalata alla banca che guidava le imprese concorrenti. I capitali per la scalata alle banche provenivano dalla banca che sosteneva l'impresa industriale promotrice della scalata. Se la scalata aveva esito

---

<sup>32</sup> Cfr., A. Guaccero, *op. cit.*, 18

positivo, non si consolidava solo l'impresa che l'aveva promossa ma anche la banca che l'aveva sostenuta<sup>33</sup>.

Le vicissitudini insite nel rapporto banca-impresa si manifestarono nuovamente con il dilagare della grande crisi economica del 1929, la quale generò prima l'instabilità e poi la crisi delle banche. Ne è un esempio la crisi del "sistema Comit"<sup>34</sup>, i cui problemi iniziarono con la rivalutazione della lira a "quota novanta" e con la successiva politica deflazionistica che ebbe effetti negativi sulla liquidità delle imprese ad essa associate, tale da costringere la banca alla difficile ricerca di capitali per concedere ulteriori finanziamenti<sup>35</sup>. Alla vigilia della crisi del '29 la Comit era pesantemente immobilizzata e la maggior parte delle sue partecipazioni azionarie erano costituite da azioni di società italiane.

Le risorse di cui disponeva erano costituite soprattutto da fondi a breve, dei quali il 20% provenienti dall'estero<sup>36</sup>. Il dilagare della crisi ridusse drasticamente la possibilità di reperire capitali sui mercati finanziari mondiali e il contemporaneo ritiro generalizzato dei fondi a sua disposizione rese insostenibile il suo ruolo di finanziatrice dell'industria italiana. Il che costrinse lo

---

<sup>33</sup> Cfr., L. De Rosa, *la banca e l'industria: sette secoli di rapporti e di intrecci*, in "Bancaria", n. 7/8, 1993, p. 96

<sup>34</sup> Subito dopo la prima guerra mondiale e sino al 1931, la Banca commerciale Italiana (Comit) realizzò un ambizioso programma di espansione della propria attività all'estero approfittando della situazione favorevole, che si era venuta a creare in seguito alla sconfitta degli imperi centrali. Il nuovo contesto che si era creato aveva portato all'apertura di zone economiche sino ad allora poco accessibili all'industria italiana. Fu in questo periodo che la Comit si impegnò nella costruzione del suo comparto estero attraverso, l'acquisizione di partecipazioni di banche ed industrie straniere dell'Europa centro-orientale e attraverso il potenziamento della rete bancaria creando nuove banche affiliate. Nel 1911 fu aperta la prima filiale a Londra seguita da quella di New York nel 1918, quest'ultima non fu una scelta del tutto casuale, se si considera che la piazza americana stava soppiantando quella inglese. In Europa, la Comit acquistò partecipazioni azionarie nei settori siderurgico, minerario e meccanico, con l'obiettivo di integrare l'attività bancaria con quella industriale e commerciale, coordinandola con la realtà italiana. Nacque così un complesso bancario-industriale che perseguiva una serie di obiettivi di carattere economico in ambito internazionale denominato "sistema Comit". Il suo scopo era quello di finanziare l'industria italiana ed il commercio con l'estero. La Comit fu costretta a ridimensionare i suoi obiettivi, con il dilagare della crisi degli anni 20, di integrare varie attività preferendo espandere solo l'attività bancaria attraverso la costituzione di nuove filiali. Per ulteriori approfondimenti si veda, R. Di Quirico, *Il sistema Comit. Le partecipazioni estere della Banca Commerciale Italiana tra il 1918 e il 1931*, in "Rivista di Storia Economica", n. 2, 1995, pp. 175 ss.

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 208

<sup>36</sup> *Ivi*, p. 210

Stato ad intervenire non solo per salvare la Comit, ma anche le imprese ad essa collegata.

Nel 1931 la Comit iniziò la prima fase di smobilizzo del suo portafoglio azionario, cedendo alla Sofindit le sue partecipazioni in tutti i settori tranne quello bancario. Successivamente cedette il suo intero portafoglio di partecipazioni all'IRI.<sup>37</sup>

L'intervento dello Stato a sostegno delle banche divenne indispensabile. Si trattò di vere e proprie operazioni di salvataggio realizzate mediante interventi riformatori che portarono, in un primo momento, alla creazione dell'IRI e poi alla successiva elaborazione di un nuovo ordinamento del sistema bancario (la legge bancaria del 1936/38). Entrambe le riforme si collocarono in un'ottica di totale abbandono della visione che aveva attribuito alla banca il ruolo di holding di un gruppo industriale, affermatasi durante l'economia di guerra e consolidatasi con la legge bancaria del 1926<sup>38</sup>.

La prima operazione di salvataggio ebbe inizio nel 1931 con il trasferimento delle partecipazioni industriali delle banche (Banca Commerciale e Credito Italiano), alle società finanziarie. Con tale trasferimento le banche divennero creditrici delle società finanziarie per un ammontare pari alle partecipazioni ad esse cedute. La seconda fase si realizzò con il trasferimento di tali partecipazioni dalle società finanziarie all'Istituto di liquidazione che aveva una propria autonomia giuridica e soprattutto, disponeva dei mezzi patrimoniali (provenienti essenzialmente dalla Banca d'Italia), per far affluire, attraverso le finanziarie, il

---

<sup>37</sup> *Ivi*, pp. 197-207

<sup>38</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 39; A. Guaccero, *op. cit.*, pp. 18-22

denaro necessario alle banche per ristabilire la loro liquidità e la loro stabilità patrimoniale<sup>39</sup>.

Una volta ristabilita la liquidità e abbandonato il modello organizzativo che attribuiva il ruolo di holding alle banche miste, le convenzioni che furono realizzate nel 1931 tra Governo, Banca d'Italia e banche interessate prevedevano una serie di impegni sui le banche avrebbero dovuto ottemperare, primi fra tutti quello di non assumere più partecipazioni (soprattutto di controllo) nelle imprese industriali e di svolgere solo operazioni di credito commerciale. In sostanza, si delineava quel principio di separatezza tra banca e industria, consolidato dalla legge bancaria del 1936.

La separazione così realizzata determinò subito problemi di finanziamento a medio e lungo termine (modalità di finanziamento preclusa alle banche miste) delle imprese industriali<sup>40</sup>. La risposta si ebbe nella creazione di una struttura imprenditoriale e non burocratica, l'Istituto Mobiliare Italiano (IMI), che avrebbe dovuto operare secondo logiche imprenditoriali e, contemporaneamente, perseguire l'interesse pubblico di finanziamento delle imprese industriali.

L'Istituto mobiliare italiano (IMI) istituito nel 1931 divenne il più importante ente per il finanziamento industriale, procedendo alla raccolta dei mezzi necessari per espletare la sua funzione attraverso l'emissione di obbligazioni - siccome gli era preclusa la possibilità di raccogliarli mediante depositi - e l'erogazione di finanziamenti per una durata massima di dieci anni. In opzione al finanziamento era consentita la acquisizione di

---

<sup>39</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 50 ss.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 51

partecipazioni industriali. L'IMI, però, dimostrò presto di non essere in grado di far fronte alle esigenze di finanziamento a durata protratta dell'industria italiana e di non riuscire a sostenere il dilagare della crisi economica che alimentava a dismisura il trasferimento di partecipazioni dalle banche miste verso l'ente stesso.

Questa situazione divenne insostenibile portando alla costituzione dell'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI, istituito con il R.D.L. 23 gennaio 1933, n. 5), diviso in due sezioni: la sezione finanziamenti (a durata anche ventennale) e la sezione smobilizzi industriali che svolgeva le medesime funzioni precedentemente espletate dall'istituto di liquidazione.

Nel 1934 seguirono tre convenzioni, con le quali furono trasferite alla sezione smobilizzi dell'IRI tutte le partecipazioni ancora presenti nei portafogli delle tre banche miste più grandi. In seguito a queste operazioni, l'IRI si trovò ad essere proprietario di oltre il 40% del capitale azionario italiano, divenendo l'holding più grande d'Italia<sup>41</sup>.

In sostanza, con la creazione dell'IRI e il passaggio in mano pubblica delle tre grandi banche di deposito e delle partecipazioni industriali dalle medesime possedute, fu reciso ogni legame tra banche e industrie, precludendosi in radice la possibilità di un futuro coinvolgimento delle prime nelle crisi delle seconde e liberando, soprattutto, la Banca d'Italia dal gravoso compito di intervenire nei salvataggi industriali.

In questa prospettiva, il R.D.L. del 12 marzo 1936, n. 375, pur differenziandosi dai precedenti provvedimenti normativi, in

---

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 53 ss.

relazione agli obiettivi perseguiti, non prevede un esplicito principio di separatezza tra banca e industria<sup>42</sup>.

La più importante specializzazione bancaria, prevista dalla legge del 1936/38 era rappresentata dalla distinzione tra aziende di credito e istituti di credito. Tale distinzione, si basava su due corpi di norme separate rispettivamente per i "raccoltori del risparmio a breve" e per la "raccolta del risparmio a medio e lungo termine". In altri termini, la distinzione era fondata essenzialmente sulla lunghezza delle operazioni di raccolta<sup>43</sup>.

L'ordinamento bancario consolidatosi negli anni della ricostruzione, (1945-1952) fino alla seconda metà degli anni settanta, mantenne invariata una struttura che consentì alle banche di operare, su un mercato dell'intermediazione bancaria fortemente segmentato e in una condizione di quasi monopolio amministrativamente protetto nei confronti dell'estero.

Il protezionismo veniva attuato attraverso il blocco delle autorizzazioni all'ingresso, imposto dalle autorità creditizie italiane. Questo sistema, garantiva una protezione delle imprese bancarie in termini di stabilità, da un lato, e neutralizzava la concorrenza delle imprese bancarie di altri paesi, dall'altro lato<sup>44</sup>.

In questo contesto l'attività bancaria veniva sottoposta dalle autorità creditizie a stringenti controlli relativi all'ingresso sul mercato e all'assunzione di partecipazioni da parte delle banche nelle imprese industriali. Il sistema bancario così come "revisionato" dalle riforme intervenute negli anni della

---

<sup>42</sup> Infatti, la prima formulazione normativa di rango primario del principio di separatezza, trova collocazione nel Titolo V della legge 10 ottobre 1990, n. 287, genericamente dedicato al fenomeno partecipativo al capitale bancario ed in particolare all'accesso dell'industria ad esso. Si vedano Guaccero A., *op. cit.*, 26 e anche G. F. Campobasso, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, in "Banca borsa tit. cred.", 1994, 285; Calandra Buonauro V., *L'impresa e i gruppi bancari*, pp. 118 ss.; R. Costi, *op. cit.*, pp. 256

<sup>43</sup> La distinzione tra aziende ed istituti di credito ha caratterizzato il sistema bancario italiano sino agli anni novanta, si veda, F. Giorgianni, *Manuale di diritto bancario*, 2005, pp. 46-47

<sup>44</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 67



ricostruzione del paese rimane, per lo più, immutato sino alla seconda metà degli anni settanta e inizio anni ottanta: periodo in cui si diede attuazione alla prima direttiva comunitaria in materia creditizia.

Le cause che negli anni ottanta solleccitarono una rivisitazione del sistema bancario verso moduli organizzativi più attenti all'efficienza, trassero origine dalla nascita di nuovi intermediari finanziari, diversi da quelli bancari. Più attenti alle esigenze delle imprese e dei risparmiatori, i nuovi intermediari offrirono nuove forme di investimento del risparmio e nuove forme di finanziamento alle imprese, che le banche non sono in grado di offrire o meglio di garantire. Il fenomeno, noto come disintermediazione bancaria, portò alla diffusione di nuovi titoli atipici e nuove forme di intermediazione cosiddetta parabancaria (leasing e factoring)<sup>45</sup>. La comparsa massiccia di questi nuovi prodotti finanziari e di nuovi intermediari finanziari misero in serie difficoltà la situazione di rendita nella quale operava il sistema bancario costringendolo, a sua volta, a migliorare la propria efficienza e soprattutto a muoversi secondo le logiche del mercato e dell'impresa.

I fenomeni sommariamente descritti rendevano evidente, l'esigenza di predisporre di un ordinamento bancario capace di consentire agli enti creditizi di operare secondo la logica del mercato in rapporto di concorrenza con gli altri operatori finanziari<sup>46</sup>.

Sotto il profilo industriale gli anni 70/80 si sono caratterizzati per la fuoriuscita di molte aziende medio-grandi

---

<sup>45</sup> *Ivi*, p. 70

<sup>46</sup> Cfr., P. Ciocca – F. Frasca, *op. cit.*, p. 41; R. Costi, *op. cit.*, p. 71

dalla condizione di dipendenza del credito, ribaltando lo squilibrato rapporto banca-industria nella direzione opposta. Questo fenomeno ripropone la questione della separatezza, però, con problematiche diverse rispetto a quelle trattate in questo capitolo.

### **3. La formazione del mercato unico europeo nel settore bancario e la rivisitazione del rapporto imprese finanziarie e non finanziarie**

Le riforme intervenute nell'ordinamento bancario nazionale nel corso degli anni ottanta e nei primi anni novanta, vanno inquadrare alla luce della cornice comunitaria di riferimento: in prospettiva della formazione del mercato unico europeo nel settore creditizio. Il punto di inizio del processo di creazione del mercato unico viene individuato nell'emanazione della prima direttiva in materia creditizia la n. 77/780/CEE, del 18 dicembre 1977, recepita nel nostro ordinamento con l'emanazione del D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350.

Il punto più innovativo introdotto con il provvedimento è rappresentato dal riconoscimento del diritto di ingresso sul mercato bancario a favore di qualunque soggetto che presenti le "qualità" oggettive previste dalla legge per l'esercizio dell'attività bancaria: la presenza di un capitale minimo, di un programma di attività; dei requisiti di professionalità-onorabilità e di un'adeguata esperienza degli esponenti aziendali. Il sistema autorizzativo che aveva caratterizzato il sistema bancario sin dal 1962 era crollato per effetto del divieto, sancito dalla medesima

direttiva, di esercitare il potere di controllo sull'esercizio dell'attività bancaria in funzione delle «esigenze economiche del mercato»<sup>47</sup>.

Il secondo e fondamentale passo verso la costruzione del mercato unico europeo è rappresentato dall'emanazione della seconda direttiva in materia creditizia, la n. 89/646/CEE, del 15 dicembre 1989. I principi fondamentali da questa prescritti possono essere così individuati: a) gli enti creditizi, riconosciuti come tali ai sensi della medesima direttiva, possono esercitare negli altri Paesi membri dell'Unione Europea, sia attraverso lo stabilimento di succursali sia mediante prestazione di servizi direttamente dal Paese di origine, tutte le attività che gli stessi sono autorizzati ad esercitare nel Paese di origine, (c.d. principio della licenza unica); b) la vigilanza prudenziale sulle succursali degli enti creditizi è affidata all'autorità di controllo del paese di origine mentre, la vigilanza sulla liquidità della succursale è assegnata all'autorità di controllo del paese ospitante (c.d. principio dell'*home country control*); b) il riconoscimento delle «Licenze bancarie» è subordinato all'armonizzazione minima delle singole normative nazionali relative alle condizioni di accesso all'attività bancaria e di esercizio della stessa<sup>48</sup>.

L'attuazione della seconda direttiva bancaria, avvenuta con l'emanazione dei D.Lgs. 481/1992 e il D.lgs 385/1993, ha inciso profondamente sull'ordinamento italiano, portando all'indispensabile elaborazione di un testo unico in materia

---

<sup>47</sup> Si veda sul punto R. Costi, *L'ordinamento bancario, cit.*, pp. 72; Salerno M. E., *Il principio di separatezza banca-industria e la concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in "diritto della banca e del mercato finanziario", n.4/2006, pp. 633, ss.

<sup>48</sup> Si veda sul punto R. Costi, *L'ordinamento bancario, cit.*, pp. 81 e Salerno M. E., *Il principio di separatezza banca-industria e la concorrenza tra ordinamenti giuridici, cit.*, pp 634

bancaria con l'obiettivo di coordinare le nuove norme con le disposizioni previgenti.

La seconda direttiva in materia creditizia ha fornito, al processo di formazione del mercato unico europeo nel settore creditizio i nuovi caratteri del processo di normazione comunitaria, basati sul sistema dell'armonizzazione minimale delle legislazioni nazionali dei Paesi aderenti all'Unione Europea, affiancata dall'applicazione del principio del mutuo riconoscimento. L'applicazione di quest'ultimo criterio - posto a fondamento della libera circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali nell'ambito del mercato comunitario - ha come effetto la creazione di 2 tipi concorrenza: da un lato tra operatori che svolgono la medesima attività e dall'altro, tra gli ordinamenti dei vari paesi membri. Quest'ultima tipologia di concorrenza può portare ad una regolamentazione sub ottimale, causata da un livellamento verso il basso delle legislazioni nazionali.

Onde evitare forme di concorrenza tra ordinamenti, il legislatore comunitario ha subordinato l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento all'armonizzazione minimale, fissando dei requisiti di base ritenuti indispensabili per l'omogeneizzazione o la standardizzazione delle fondamentali condizioni operative delle banche in tutto il mercato europeo<sup>49</sup>. In altri termini, sono state dettate in esecuzione dell'obiettivo di armonizzazione minimale una serie di specifiche direttive in tema di: fondi propri degli enti creditizi; di vigilanza consolidata sugli enti creditizi; di conti annuali e consolidati; di grandi fidi; di

---

<sup>49</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 538; Salerno M. E., *op. cit.*, pp. 630- 633

sistemi di garanzia dei depositi; di definizione della nozione di ente creditizio<sup>50</sup>.

Occorre, tener presente - al fine di una migliore comprensione dell'impatto che ha determinato sul nostro ordinamento l'introduzione del principio del mutuo riconoscimento - quanto precedentemente osservato a proposito della concorrenza tra ordinamenti. In sostanza, le difficoltà incontrate durante il processo di armonizzazione risiedevano, per lo più, nelle profonde differenze che caratterizzavano i vari ordinamenti bancari prima dell'emanazione di tali direttive. Accanto ad ordinamenti che consentivano agli enti creditizi di esercitare tutte le attività finanziarie, esistevano, ordinamenti come quello italiano, che non ammettevano l'impiego del modello della banca universale e quindi, costringevano le banche verso il modello del gruppo polifunzionale, articolato attraverso la partecipazione degli enti creditizi in società finanziarie. Questo discorso vale anche per le partecipazioni non finanziarie, in quanto accanto ad ordinamenti, come quello tedesco, che non ponevano alcun limite all'assunzione di partecipazioni industriali da parte delle banche, esistevano ordinamenti come quello italiano in cui tale tipologia d'investimento risultava del tutto preclusa agli enti creditizi.

L'applicazione del principio del mutuo riconoscimento, in assenza dell'armonizzazione minima, avrebbe inevitabilmente determinato la concorrenza fra ordinamenti bancari con effetti pregiudizievoli per gli enti creditizi costretti ad operare dal proprio ordinamento in una condizione di inferiorità istituzionale nei confronti degli altri enti che, invece, operavano secondo

---

<sup>50</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 81; A. Guaccero, *op. cit.*, pp. 154-155

regole giuridiche più consone alle esigenze di una gestione efficiente<sup>51</sup>.

Sembra chiaro che l'ordinamento italiano, nel dare attuazione alla seconda direttiva CEE, si sia trovato nella condizione di dover eliminare: vincoli e regole d'intralcio alla gestione efficiente degli enti creditizi, ivi inclusa la specializzazione legislativamente imposta che limitava fortemente la libertà operativa e la possibilità di concentrazione.

L'emanazione del D.Lgs 481/1992 ha permesso di ampliare l'operatività degli enti creditizi e di riconoscere nel nostro ordinamento, accanto al c.d. gruppo polifunzionale anche la c.d. "banca universale": gli enti creditizi potevano esercitare, oltre all'attività bancaria, tutte le attività ammesse al mutuo riconoscimento, ossia tutte le attività finanziarie. Inoltre, con tale decreto legislativo viene definitivamente abolita la distinzione tra aziende ed istituti di credito, fondata sulla lunghezza delle operazioni di provvista; distinzione sulla quale faceva perno la legge bancaria del 1936/38<sup>52</sup>.

Tra le norme oggetto di armonizzazione minima, ai fini del reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di controllo prudenziale, la seconda direttiva inserisce la disciplina in tema di partecipazione delle banche in altre imprese finanziarie e non.

Prima di illustrare questo tema si consideri che la direttiva 89/646/CEE assume come parametro di riferimento per la determinazione delle partecipazioni detenibili dagli enti creditizi: i fondi propri dell'ente creditizio e la nozione di «partecipazione

---

<sup>51</sup> per ulteriori informazioni sulla concorrenza tra ordinamenti giuridici si veda, M.E. Salerno, *op. cit.*, pp. 625 ss.

<sup>52</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 82

qualificata». Ai sensi dell'art. 1, della direttiva suddetta, «per partecipazione qualificata» deve intendersi una «partecipazione in un'impresa, diretta o indiretta, non inferiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa in cui è detenuta una partecipazione». La disciplina della summenzionata direttiva, stabilisce inoltre, per questo tipo di partecipazioni due regimi differenti a seconda che si tratti di imprese bancarie e finanziarie o imprese non bancarie e non finanziarie.

Ai sensi dell'art.12 della direttiva 89/646/CEE, (oggi art. 51 della direttiva n. 2000/12/CE), le banche non possono assumere nessuna partecipazione qualificata nelle imprese industriali che superi il 15 per cento dei fondi propri della banca e il complesso delle partecipazioni, detenute sempre nelle stesse imprese, non deve essere superiore al 60 per cento dei medesimi fondi propri della banca<sup>53</sup>.

Va, per altro, notato che la direttiva non si preoccupa di disciplinare il rapporto tra imprese finanziarie e imprese industriali, vietando alle banche di acquisire il controllo di imprese non finanziarie (o viceversa); anzi questa possibilità, non è affatto esclusa, attesa l'assenza di limiti stabiliti in relazione al capitale dell'impresa partecipata. Sembra chiaro, che il legislatore comunitario non ha fatto proprio il principio di separatezza tra banca e industria, ma si è preoccupato di contenere: i rischi di una eccessiva concentrazione e di liquidità; il rischio di immobilizzazioni, insito nelle dimensioni delle partecipazioni<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr., M. E. Salerno, *op. cit.*, p. 634; R. Costi, *op. cit.*, p. 538

<sup>54</sup> Cfr., M. E. Salerno, *op. cit.*, p. 635; R. Costi, *op. cit.*, p. 539

Illustrando, sinteticamente, le legislazioni bancarie di alcuni stati membri è desumibile, con chiarezza, che tutti si sono uniformati alla normativa comunitaria mantenendo, però, una linea di continuità, in tema di rapporti banca-industria, con la legge bancaria previgente.

La Repubblica federale tedesca, in fase di elaborazione della direttiva si era battuta per l'emanazione di una disciplina libera da vincoli e controlli sull'acquisizione di partecipazioni industriali da parte delle banche. Va, per altro, rammentato che nell'ambito della disciplina tedesca non esisteva una norma che poneva dei limiti o condizioni particolari all'acquisizione di partecipazioni, da parte delle banche, in imprese industriali. Inoltre, l'assunzione di partecipazioni in altre imprese non era sottoposta a nessun regime di autorizzazione preventiva, essendo prevista solo l'immediata comunicazione all'ufficio Federale tedesco di supervisione bancaria delle acquisizioni che comportassero l'assunzione di una quota partecipativa superiore al dieci per cento. In seguito all'attuazione della seconda direttiva il legislatore tedesco ha dovuto modificare la normativa in merito, conformandola al contenuto minimo armonizzato. Fermo restando i limiti del 15% e del 60%, rispettivamente, per la singola partecipazione qualificata e per il complesso delle partecipazioni in imprese industriali, si stabilisce che in caso di eventuale superamento degli stessi è rimesso all'autorità di vigilanza il compito di rilasciare l'autorizzazione accertando che siano rispettate le condizioni stabilite dalla direttiva: la copertura totale delle eccedenze con il *liable capital*<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Il «*liable capital*» (o capitale di responsabilità) previsto dal diritto tedesco coincide con la nozione comunitaria di fondi propri, M. E. Salerno, *op.cit.*, p. 638



La legge bancaria portoghese, (D.Lgs. n. 298/1992), uniformata alla direttiva dell'89 prevede, oltre, alle analoghe soglie di partecipazioni qualificate del 15% e del 60%, un'attività di monitoraggio - espletata dall'organo di vigilanza - e una limitazione temporale che consiste nel divieto per delle istituzioni creditizie di detenere, direttamente o indirettamente, per un periodo - continuativo o meno - superiore a tre anni, azioni che conferiscano loro più del 25% dei diritti di voto corrispondenti al capitale della società partecipata<sup>56</sup>.

Le leggi bancarie francesi, greche e spagnole si uniformano ai limiti stabiliti dalla direttiva suddetta senza imporre ulteriori vincoli, mentre l'ordinamento belga, fissa limiti più stringenti rispetto a quelli previsti dalla seconda direttiva. L'art. 32 (rubricato, «Partecipazioni azionarie ed interessi partecipativi») della legge bancaria belga del 1993, a seconda della natura dell'impresa partecipata, distingue tre tipologie di investimento partecipativo: quella soggetta a limiti temporali (si tratta di titoli acquisiti o sottoscritti allo scopo di rivendita); quella non soggetta ad alcun limite, né temporale né quantitativo (partecipazioni in enti creditizi, in società di borsa in società finanziarie, ecc.); quella soggetta a limiti quantitativi. In quest'ultima, rientrano le partecipazioni in imprese industriali, che non possono superare singolarmente il 10% e complessivamente non possono superare il 35% dei fondi propri dell'ente creditizio. Altresì è prevista la possibilità di incrementare tali soglie, ma sempre entro e non oltre le soglie stabilite dalla direttiva del 15% e del 60% rispettivamente per la singola partecipazione e per il complesso delle partecipazioni qualificate. La legge bancaria, infatti, individua i

---

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 636

casi speciali che consentono – previa autorizzazione della *Commission bancaire, financière et d'assurance*, - di eccedere i limiti predetti: in caso di aumento del valore dei titoli detenuti o una variazione dei tassi di cambio, oppure in caso di operazioni di fusione e di incorporazione<sup>57</sup>

Sulla medesima linea si pone anche l'ordinamento olandese, il quale, già prima dell'emanazione della seconda direttiva sottoponeva a preventiva autorizzazione delle autorità di vigilanza – Ministro delle finanze e Banca di Olanda – l'acquisizione da parte delle banche di partecipazioni, dirette o indirette, in imprese industriali per una quota eccedente il 5% del capitale della partecipata, nonché qualsiasi acquisizione che comportasse l'aumento delle quote partecipative precedentemente assunte. Nel dare attuazione alla direttiva dell'89, l'Olanda si è avvalsa della possibilità consentita dal legislatore comunitario, di fissare limiti più stringenti riguardo alle partecipazioni finanziarie detenibili in imprese industriali. La legge bancaria del 1992 (*Act on the Supervision of the Credit System*), infatti, fissa il principio di separatezza tra banca e industria, sancendo il divieto per gli enti creditizi di detenere, acquisire o incrementare una partecipazione qualificata in altre imprese o istituzioni, quando tale partecipazione sia pari o superiore al 10% del capitale della partecipata. Inoltre, con il rilascio della dichiarazione di non obiezione delle autorità di controllo è consentito l'incremento della soglia del 10% del capitale della partecipata sino al raggiungimento dei massimali del 20, 33, 50 e 100%. Sembra chiaro che ai sensi di tale legge, una banca può tranquillamente acquisire il controllo di una società

---

<sup>57</sup> *Ivi*, p 641

industriale. È da notare, però, che l'acquisizione del controllo o anche di una semplice acquisizione di partecipazione eccedente i limiti suddetti, non è poi così agevole, in quanto, è subordinata in ogni caso al rilascio della «dichiarazione di non obiezione», da parte del Ministro delle Finanze, sentita la Banca di Olanda<sup>58</sup>.

Il principio di separatezza banca-industria trova collocazione anche nell'ordinamento irlandese. La disciplina riguardante l'acquisizione di partecipazioni in imprese non finanziarie da parte delle banche, non prevede nessun limite, ma la Banca d'Irlanda si limita a fissare il principio generale secondo il quale un ente creditizio non può acquisire, direttamente o indirettamente, più del 10% delle azioni o di altri interessi in altre società senza l'autorizzazione scritta dell'organo di vigilanza. Inoltre, nelle istruzioni della banca è sancito il divieto – finalizzato a prevenire i conflitti di interesse – di investire un importo superiore al 10% dei fondi propri in attività di rischio a favore di un cliente o di un gruppo di clienti connessi diversi da un'istituzione bancaria o finanziaria, in cui lo stesso abbia quel che la banca considera un'interessenza di rilievo con la banca, cioè quando il possesso da parte di una persona del 10% o più delle azioni o dei diritti di voto in un'impresa<sup>59</sup>.

In conclusione, tra i vari ordinamenti nazionali si uniformano ai limiti stabiliti dalla direttiva quello tedesco, francese, portoghese e greco, mentre stabiliscono soglie più elevate di partecipazione gli ordinamenti: italiano, olandese e

---

<sup>58</sup> La normativa prevista dalla legge bancaria del 1992 fa perno su una sorta di regime autorizzativo, attribuendo alle autorità di vigilanza il potere di incidere sull'operatività delle banche tra l'altro nel settore dell'investimento in partecipazioni attraverso una «dichiarazione di non obiezione» alla relativa estensione. Inoltre nel regolamento ministeriale del 3 maggio 1993, n. 83, sono fissati i criteri in base ai quali la dichiarazione di non obiezione viene rigettata oppure accolta. M.E. Salerno, *op. cit.*, p. 643

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 645 e Motti, *Approccio ai problemi della vigilanza bancaria in Italia ed in Irlanda: alcune riflessioni*, in "ABI", 1991, p. 57

irlandese, restando ancorati al principio della separatezza tra banca e industria e fissando, inoltre, limiti parametrati al capitale della società partecipata.

#### **4. Le partecipazioni detenibili dalle banche nelle imprese non finanziarie**

Pare indubbio che gli investimenti delle banche nel capitale di rischio delle imprese contribuiscano ad un rafforzamento delle loro relazioni, favorendo l'instaurazione di rapporti più intensi e duraturi, all'interno dei quali, è agevolata la crescita del patrimonio informativo dell'intermediario ed incrementata la capacità di soddisfare i bisogni dell'impresa, sia a livello finanziario che gestionale. Tuttavia, occorre che ciò si realizzi in condizioni di equilibrio, per scongiurare le prima evidenziate situazioni di patologia in grado di pregiudicare l'autonoma ed efficiente valutazione del merito creditizio.

L'acquisizione da parte delle banche di partecipazioni al capitale delle imprese assume particolare rilievo, in un'ottica di vigilanza prudenziale, in quanto operazione che configura un particolare rischio che si collega, oltre al minor grado di liquidità di tali attività, alla circostanza che il rimborso dei diritti patrimoniali avviene in via residuale rispetto ai crediti, in relazione alla fluttuazione di valore delle azioni a sua volta collegata alle prospettive di sviluppo dell'impresa e all'andamento del mercato<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr., C. Clemente, *op. cit.*, p. 407

La disciplina concernente le «partecipazioni detenibili» prevista al 1° comma, lett. c, dell'art. 53 TUB è sostanzialmente improntata sul principio di separatezza fra banca e industria.

L'Italia, nel dare attuazione alle direttive comunitarie in materia creditizia, si è avvalsa della facoltà consentita dal legislatore comunitario agli stati membri, di rendere più severe le soglie quantitative fissate dalla direttiva comunitaria per quanto concerne le partecipazioni detenibili dalle banche in imprese industriali. Va, peraltro notato, che rispetto alla disciplina comunitaria l'orientamento italiano in materia di partecipazioni detenibili previsto dall'appena citato art. 53, 1° comma lett. c, del Tub, risulta più restrittivo. Se si considera però che il nostro ordinamento bancario è stato per molto tempo improntato su un rigido principio di separatezza tra banca e industria è evidente che sono stati compiuti notevoli passi verso un orientamento più permissivo. Il recepimento del diritto europeo è stato realizzato mantenendo fermi due principi cardini del nostro ordinamento: il principio della separatezza tra banche e industria e il principio o meglio una «regola quantitativa generale secondo la quale il complesso delle partecipazioni, unitamente agli investimenti in immobili, non deve eccedere l'ammontare del patrimonio di vigilanza»<sup>61</sup>.

Le soglie di detenibilità fissate dalle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, sono parametrize al patrimonio del soggetto partecipante e del soggetto partecipato, nonché in funzione della categoria di appartenenza di quest'ultimo<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Banca d'Italia, "Istruzioni di vigilanza per le banche", titolo IV, cap. 9; A. Fazio, *La partecipazione delle banche nel capitale delle imprese*, in "Bancaria", 1993, p. 97

<sup>62</sup> Banca d'Italia, "Istruzioni di vigilanza per le banche", titolo IV, cap. 9

Riguardo alla natura finanziaria o non finanziaria della società partecipata, nelle Istruzioni della Banca d'Italia, sono previste delle distinzioni fra partecipazione in imprese bancarie e società finanziarie e partecipazioni in società non finanziarie.

Le banche possono acquisire liberamente partecipazioni in banche e in società finanziarie, ma sono sottoposte alla preventiva autorizzazione della Banca d'Italia qualora l'ammontare della partecipazione superi una delle seguenti soglie:

- a) 10%, 20% del capitale della società partecipata, e in ogni caso il controllo;
- b) 10% del patrimonio di vigilanza del partecipante.

La disciplina relativa all'acquisizione di partecipazione in imprese di assicurazione viene assimilata a quella delle banche suddetta, con una sola differenza: l'ammontare complessivo delle partecipazioni in imprese di assicurazione non deve superare il limite del 40 per cento del patrimonio di vigilanza. La giustificazione di fondo di tale assimilazione è insita nella natura dell'attività svolta dalle imprese di assicurazione, che essendo affine a quella bancaria riduce il pericolo di conflitti d'interesse che possono sorgere dai reciproci rapporti di controllo<sup>63</sup>.

Nelle Istruzioni della Banca d'Italia sono fissate per le banche *ordinarie* tre tipi di limiti: i primi due con riferimento ai fondi propri della banca e il terzo con specifico riferimento al capitale della società partecipata.

Il «*limite complessivo*» prevede, che il complesso delle partecipazioni non finanziarie non può superare il 15% del patrimonio di vigilanza e al fine di contenere il rischio di immobilizzazioni, la quota di partecipazioni in società quotate nei

---

<sup>63</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, pp. 540- 541; Banca d'Italia, "Istruzioni di vigilanza per le banche", titolo IV, cap. 9, sez. III

mercati regolamentati non può eccedere il 50% del limite sopra indicato.

Sempre riguardo ai fondi propri della banca partecipante si è stabilito, con l'obiettivo di contenere la concentrazione del rischio, che le partecipazioni al capitale di una singola impresa o di un gruppo di imprese non finanziarie debba essere contenuto entro il limite del 3% del patrimonio di vigilanza, («*limite di concentrazione*»).

In fine, si è fissato un limite a tutela della «*separatezza*» tra banca e industria, che a differenza dei primi due viene determinato con riferimento al capitale della società industriale partecipata: gli investimenti in società non finanziarie non devono superare il limite del 15% del capitale della società partecipata, inoltre nel computo si tiene conto di tutte le azioni che a qualsiasi titolo attribuiscano alla banca il diritto di voto. Tale limite può essere superato, solo a condizione che il valore delle partecipazioni sia contenuto entro l'ammontare dell'1% del patrimonio di vigilanza del partecipante<sup>64</sup>.

I limiti di detenibilità, fissati per le banche e gruppi bancari «abilitati» e «specializzati» sono più permissivi rispetto a quelli delle banche ordinarie summenzionati. Le banche o gruppi abilitati, possono chiedere alla Banca d'Italia di essere autorizzate ad «una maggiore operatività nel comparto delle partecipazioni non finanziarie qualora abbiano un patrimonio di vigilanza non inferiore a 1 miliardo di euro e rispettino il requisito di adeguatezza patrimoniale complessivo».

La Banca d'Italia, prima del rilascio dell'abilitazione ad una maggiore operatività tiene conto: a) dell'esperienza maturata nel

---

<sup>64</sup> Banca d'Italia, «Istruzioni di vigilanza per le banche», titolo IV, cap. 9, sez. IV e anche R. Costi, *op. cit.*, p. 546;

comparto dell'assistenza finanziaria alle imprese non finanziarie; b) della loro situazione tecnica valutata alla luce della concentrazione dei rischi, all'equilibrio della situazione finanziaria e all'esposizione ai rischi di mercato; c) della struttura organizzativa.

Per le banche specializzate, il rilascio dell'autorizzazione avviene solo se le banche, oltre ad avere un patrimonio di vigilanza non inferiore ad 1 miliardo di euro, dispongono di una struttura del passivo caratterizzata da una raccolta prevalentemente a medio e lungo termine<sup>65</sup>.

Il limite complessivo fissato al 15% per le banche ordinarie, si estende per le banche abilitate al 50% e per quelle specializzate al 60% del patrimonio di vigilanza.

Il limite di concentrazione per le banche abilitate prevede che le partecipazioni in una singola impresa non possono superare il 6% del patrimonio di vigilanza, mentre per le banche specializzate il medesimo limite è fissato a 15% del patrimonio di vigilanza.

Il limite della separatezza, invece, rimane invariato al 15% del capitale della società partecipata, inoltre possono essere acquisite partecipazioni anche superiori a detto limite purché il valore delle partecipazioni sia contenuto entro l'ammontare del 2% del patrimonio di vigilanza. In fine, la somma delle eccedenze rispetto al limite del 15% non deve superare il 2% del patrimonio di vigilanza<sup>66</sup>.

Le norme di vigilanza dettano anche una disciplina speciale, per le partecipazioni per recupero crediti e per le

---

<sup>65</sup> Banca d'Italia, "Istruzioni di vigilanza per le banche", titolo IV, cap. 9, sez. IV; M.E. Salerno, *op. cit.*, p 642

<sup>66</sup> Banca d'Italia, "Istruzioni di vigilanza per le banche", titolo IV, cap. 9, sez. IV; M.E. Salerno, *op. cit.*, p 643



imprese in temporanea difficoltà. Riguardo al primo caso, la banca nei confronti del debitore inadempiente può acquisire partecipazioni finanziarie, in pagamento dal credito non adempiuto, a condizione che la banca smobilizzi tali partecipazioni alla prima occasione favorevole. Il secondo caso, consiste nella possibilità di convertire in azioni crediti verso imprese in temporanea difficoltà, questa operazione può essere attuata solo quando sia economicamente conveniente per la banca e sia una crisi temporanea e riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari e non di mercato<sup>67</sup>.

## **5 La concessione del credito e l'assunzione delle attività di rischio**

Il 4° comma dell'art. 53 TUB conferisce alla Banca d'Italia, sulla base delle delibere del CICR, il potere di fissare condizioni e limiti ai cui le banche devono attenersi nell'assunzione delle attività di rischio nei confronti di soggetti che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario, nonché dei soggetti ad essa collegati. Questo comma è stato introdotto dall'art. 1 «*Modifiche al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*» del D.lgs n. 303/2006, in sostituzione di quello inserito dalla legge 262/2005<sup>68</sup>.

Tale disposizione attribuisce al CICR e alla Banca d'Italia il potere di definire i limiti, esclusivamente quantitativi, di credito

---

<sup>67</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, pp. 548-549

<sup>68</sup> Il D.lgs. 29 dicembre 2006 n. 303, attuativo della delega al Governo contenuta nell'art. 43 della Legge 28 dicembre 2005, n. 262 (Legge Risparmio), introduce alcune modifiche in materia bancaria e finanziaria con l'obiettivo di coordinare le disposizioni del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.lgs 1 settembre 1993 n. 385, TUB) e del Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.lgs 24 febbraio 1998 n. 58, TUF) con le norme introdotte dalla Legge sul Risparmio. Pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 7 del 10 gennaio 2007 - Suppl. Ordinario n.5

concedibile da una banca sia ai soggetti ad essa collegati sia ai suoi azionisti rilevanti. L'ultimo periodo, del suddetto comma, attribuisce al CICR, il compito di definire le norme dirette a prevenire i possibili conflitti d'interesse nella contrattazione, tra la banca ed i suoi azionisti rilevanti, relativi alle altre attività bancarie. Da tener presente, inoltre, che la norma distingueva sul piano oggettivo i contraenti della banca - che in quanto beneficiari di alcune operazioni comportavano un'amplificazione del grado di rischio gravante su quest'ultima - in due categorie: azionisti rilevanti e soggetti collegati. Sul piano oggettivo la norma suddivideva le operazioni contrattuali realizzate, in due rami dell'attività bancaria: l'attività di concessione del credito e le altre attività bancarie<sup>69</sup>. Va, peraltro, notato che la disciplina prudenziale di concessione del credito (1° e 2° periodo del 4° comma) si applicava ad entrambe le categorie di contraenti a differenza della disciplina di prevenzione dei conflitti d'interesse nelle residue attività, che si applicava ai soli azionisti rilevanti, il tutto trovava giustificazione nelle valutazioni comparative compiute dal legislatore, che individuavano un differente grado di rischio insito nelle operazioni realizzate con le due categorie di soggetti.

Un problema interpretativo, sorgeva con riferimento all'individuazione dei soggetti beneficiari delle operazioni: azionisti rilevanti e soggetti collegati. Data la mancanza di una definizione di quest'ultimi nella norma, si rinviava alle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, dalle quali si deduceva con chiarezza che per azionisti rilevanti si intendeva: coloro che in via, diretta o indiretta, controllavano o partecipavano in misura

---

<sup>69</sup> Cfr., F.Capriglione, *op. cit.*, p. 415 e anche A. Guaccero, *op. cit.*, pp. 311-312

rilevante (individuata nel 15%) al capitale dell'ente creditizio. Nella definizione di soggetti collegati, invece, erano ricompresi tutti i soggetti legati da una connessione giuridica agli azionisti rilevanti e alle società partecipate in misura rilevante.

In sostanza, erano sottoposte a limitazione tutte le attività in cui doveva essere realizzata una valutazione del merito creditizio, dei soggetti collegati alla banca in virtù di una partecipazione qualificata (banca in posizione di partecipante), ovvero di una partecipazione detenuta da un azionista rilevante (in questo caso banca in posizione di partecipata)<sup>70</sup>.

Un ulteriore aspetto problematico, si ravvisava nell'ultima parte del quarto comma, finalizzata a disciplinare i conflitti d'interesse tra la banca e i suoi azionisti rilevanti, insiti nello svolgimento delle «altre attività bancarie». La norma, infatti, non individuava con precisione le operazioni soggette a limitazione, pertanto rientravano nell'ambito di applicazione della norma, tutte le attività diverse da quelle di concessione di crediti previste nella prima parte del quarto comma<sup>71</sup>.

Sembra chiaro, che l'obiettivo della norma era quello di assicurare l'indipendenza delle banche da coloro che ne potevano condizionare l'attività a proprio beneficio, in quanto titolari di quote rilevanti di capitale ovvero perché ad essa collegati, tra l'altro, questo è ancora oggi uno dei punti centrali della disciplina delle banche ed in particolare della vigilanza regolamentare.

Le relazioni finanziarie privilegiate che si instaurano tra banche e propri soci, l'intreccio di interessi tra proprietà e attività e la divergenza fra investimento di capitale e finanziamento,

---

<sup>70</sup>Cfr., A. Guaccero, *op. cit.*, p. 314; C. Clemente, *op. cit.*, p. 416

<sup>71</sup> Cfr., C. Clemente, *op. cit.*, p. 417

costituiscono i punti oscuri e critici delle relazioni commerciali tra banche e propri soci.

Questi punti che sembravano essere caratteristici dei dissesti finanziari di inizio secolo, si sono rivelati attuali e soprattutto ricorrenti, basta volgere uno sguardo agli scandali finanziari italiani dell'ultimo decennio per farsene un'idea e soprattutto per constatare che il contesto economico finanziario è completamente cambiato. In questo contesto, le norme che sembravano attuali si sono rivelate inefficaci a contrastare le condotte illecite da parte di banchieri, azionisti rilevanti ed esponenti aziendali.

La legge n. 262 del 28 dicembre 2005, recante «disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari» è stata approvata in risposta agli scandali finanziari dell'estate del 2005, del resto, come abbiamo avuto modo di constatare nelle pagine precedenti, non è la prima volta che gli interventi legislativi siano consequenziali a vicende o situazioni di crisi che richiedono interventi immediati. È evidente che dal testo della nuova norma il legislatore si sia adoperato per cercare le soluzioni migliori per evitare commistioni e confusioni di interessi fra la gestione operativa della banca e le posizioni personali dei suoi esponenti e soci di rilievo<sup>72</sup>.

L'art. 8, Titolo II concernete le «Disposizioni in materia di conflitti d'interessi e disciplina delle attività finanziarie» della legge sul risparmio, apporta modifiche alla disciplina prevista dal T.U.B. sia in materia di concessione del credito da parte delle banche in favore dei propri azionisti, (art. 53), sia in tema di

---

<sup>72</sup> Cfr., C. Mario, *Le banche e i loro azionisti nella nuova legge per la tutela del risparmio*, in "A.G.E.", n. 1/2006, p. 67

obbligazioni degli esponenti aziendali delle banche, (art. 136)<sup>73</sup>.

Al fine di contenere gli effetti di eventuali conflitti d'interessi in un ambito più vasto di quello previsto dalla norma recedente, vengono ora estesi l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione<sup>74</sup>.

Quanto all'ambito oggettivo, alla Banca d'Italia, come nella versione precedente, viene attribuito il potere di stabilire con regolamento le condizioni (e non più solo ed esclusivamente i limiti quantitativi), per l'assunzione delle attività di rischio nei confronti di soggetti che possono influenzare negativamente la gestione della banca<sup>75</sup>.

Come si può notare, dal tenore letterale della norma, non si fa più riferimento alla «concessione del credito» - prevista dalla precedente 4° comma - ma si introduce la nozione di «attività di rischio», rimettendo alla Banca d'Italia il compito di fornirne una definizione<sup>76</sup>. Logicamente non è possibile individuare con precisione tutte le operazioni che comportino rischio per la banca, ma in ogni caso, la nozione di attività di rischio, comprenderà le operazioni di ordinaria attività bancaria che si possono instaurare tra banca e soggetto rilevante e che fanno sorgere in capo a quest'ultimo un'obbligazione contrattuale da cui potrebbe emergere una perdita economica per la banca. Inoltre sono ricomprese in tale nozione, oltre alle operazioni creditizie

---

<sup>73</sup> Riguardo alle obbligazioni degli esponenti bancari, si rinvia al capitolo IV.

<sup>74</sup> Il comma 4 introdotto dalla legge sul risparmio è il seguente: «Le banche devono rispettare le condizioni indicate dalla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, per le attività di rischio nei confronti di: □ a) soggetti che, direttamente o indirettamente, detengono una partecipazione rilevante o comunque il controllo della banca o della società capogruppo; □ b) soggetti che sono in grado di nominare, anche sulla base di accordi, uno o più componenti degli organi di amministrazione o controllo della banca o della società capogruppo; □ c) coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la banca o presso la società capogruppo; □ d) società controllate dai soggetti indicati nelle lettere a), b) e c) o presso le quali gli stessi svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo; □ e) altri soggetti che sono comunque collegati alla banca, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia».

<sup>75</sup> Cfr., Assonime, *Le nuove di posizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il commento dell'Assonime*, circolare n. 12/2006, p.468

<sup>76</sup> Banca d'Italia, Istruzioni di Vigilanza per le banche, Tit. IV, Cap. 2-3-5

tradizionali, anche quelle relative ai servizi di investimento<sup>77</sup>.

Il nuovo comma 4, dell'art. 53, rispetto alla versione precedente, che si riferiva ai soli detentori di partecipazioni rilevanti o ai soggetti collegati, amplia l'ambito soggettivo di applicazione ricomprendendo nel novero dei soggetti rilevanti, oltre a quelli summenzionati: a) coloro che, direttamente o indirettamente, detengono una partecipazione rilevante o comunque di controllo nella banca o nella società capogruppo; b) coloro che sono in grado di nominare, anche sulla base di accordi, uno o più componenti degli organi di amministrazione o controllo della banca o della società capogruppo<sup>78</sup>; c) coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la banca o presso la società capogruppo; d) società controllate dai soggetti sopra elencati o presso le quali gli stessi svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo; e) altri soggetti che sono comunque collegati alla banca, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia.

Va, peraltro, notato che i soggetti summenzionati alla lett. *c* e *d*, erano già ricompresi nell'art. 16, n. 2 della deliberazione del CICR 19 luglio 2005 tra i soggetti connessi ad una parte correlata, quindi è evidente l'interferenza tra la nuova norma e le deliberazioni del CICR. Si aggiunga che questa situazione è rimasta immutata anche con la deliberazione del CICR 22 febbraio 2006, che si è limitata ad abrogare il capo III e ad inserire una nuova definizione di «soggetti collegati» e una nuova indicazione dei «limiti alle attività di rischio», senza una

---

<sup>77</sup> Cfr., M. Cera, *op. cit.*, p. 67

<sup>78</sup> In relazione agli accordi, con cui un soggetto può nominare uno o più amministratori o esercitare il controllo su una banca, è chiaro il riferimento ai patti parasociali che finora la disciplina che regolava l'attività bancaria aveva trascurato.

specificazione di tale nozione<sup>79</sup>.

Probabilmente, questi problemi di interferenza tra la norma in esame e la deliberazione del CICR sono stati risolti o per lo meno attenuati in seguito alla sostituzione del 4° comma finora trattato, avvenuta di recente, ad opera dell'art. 1 del D.Lgs. 29 dicembre 2006, n. 303. Quest'ultimo decreto legislativo è stato emanato ai sensi dell'art. 43 della legge n. 262/2005 che conferiva delega al governo «ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, nonché delle altre leggi speciali, alle disposizioni della presente legge, apportando le modifiche necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse».

Nel nuovo comma non compare l'elenco dei soggetti rilevanti indicati nelle lett. *a, b, c, d*, che erano già individuati nell'art. 16 della deliberazione del 19 luglio 2005, ma la norma si limita a specificare che le condizioni previste per l'assunzione di attività di rischio sono applicate a coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario, nonché dei soggetti a essi collegati. Tuttavia, la nozione di questi ultimi è contenuta nell'art. 1 della deliberazione del CICR del 22 febbraio 2006, la quale specifica che per parte correlata si intende: coloro che sono in grado di nominare, anche sulla base di accordi, uno o più componenti

---

<sup>79</sup>Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 470; M. Cera, *op. cit.*, p. 70

degli organi di amministrazione o controllo della banca o della società capogruppo; coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la banca o presso la società capogruppo; altri soggetti che sono comunque collegati alla banca, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia. La norma continua specificando che per soggetti connessi ad una parte correlata, si intende: la società controllata da una parte correlata; le società presso le quali le parti correlate svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo; in fine, gli altri soggetti connessi alle parti correlate individuati dalla Banca d'Italia.

In sostanza l'art. 1 rubricato "soggetti collegati" della deliberazione del CICR 22 febbraio 2006, individua nella definizione di parti correlate gli stessi soggetti che erano elencati nelle lett. *b, c, d, e*, del comma 4 della legge sul risparmio.

Il D.Lgs. 303/2006 abroga il comma 4-*bis*, introdotto dalla legge sul risparmio n. 262/2005, che individuava i parametri oggettivi a cui la Banca d'Italia doveva far riferimento nel fissare le condizioni e limiti per le attività di rischio. Parametri e limiti, che tra l'altro, erano già stati stabiliti dalla deliberazione del CICR 19 luglio 2005. La delibera CICR del 22 febbraio 2006 ha ripreso sostanzialmente lo stesso impianto aumentando, però, i limiti dal 10% al 20% del patrimonio di vigilanza<sup>80</sup>. Inoltre, ai sensi del 4° comma così come sostituito dal D.Lgs. 303/2006 la Banca d'Italia sulla base delle deliberazioni del CICR, Qualora verifichi in concreto l'esistenza di situazioni di conflitto di interessi ha il potere di stabilire condizioni e limiti specifici per l'assunzione delle attività di rischio.

Il comma 4-*ter* prevede, che la Banca d'Italia individui i casi

---

<sup>80</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 469; M. Cera, *op. cit.*, pp. 70-71.



in cui l'inosservanza delle condizioni per l'assunzione dell'attività di rischio comporta la sospensione dei diritti amministrativi connessi con la partecipazione<sup>81</sup>.

Il comma 4-*quater*, introdotto con la legge 262/2006, attribuisce alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, il potere di disciplinare i conflitti d'interessi tra le banche e i soggetti indicati nel comma 4, in relazione «alle altre attività bancarie». Quest'ultima locuzione è stata sostituita, dal D.Lgs. 303/2006 con le parole: «ad altre tipologie di rapporti di natura economica», in altri termini è stato esteso il potere regolamentare della banca d'Italia sui conflitti di interesse, a tutte le tipologie di rapporti di natura economica diversi da quelli che generano attività di rischio, ad esempio i rapporti di consulenza.

---

<sup>81</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 470

## CAPITOLO II

### La partecipazione delle imprese industriali nelle imprese bancarie

#### 1. Il controllo preventivo sull'acquisizione di partecipazioni rilevanti nelle banche

La partecipazione rilevante nel capitale delle banche (artt. 19-24 TUB) riveste un ruolo cruciale nell'ambito della disciplina degli assetti proprietari delle banche.

La disciplina dettata dal TUB regola tre aspetti:

- il controllo preventivo sull'acquisizione di partecipazioni rilevanti o che comportano il controllo della banca;
- la trasparenza degli assetti proprietari, realizzata mediante l'imposizione degli obblighi di comunicazione e l'attribuzione alla Banca d'Italia di poteri informativi;
- la separazione tra banca e industria, attuata mediante il divieto di acquisto del controllo o di partecipazioni superiori al 15% del capitale delle banche o delle capogruppo, da parte di soggetti che svolgono in misura rilevante attività di impresa in settori non bancari né finanziari.

Il testo unico fissa una soglia di rilevanza per le *partecipazioni sia dirette* (art. 19) che *indirette* (art. 22) al capitale bancario, da parte di qualunque soggetto finanziario o non finanziario. Ai sensi dell'art. 19, comma 1 e 2 - così come modificati dall'art. 9.5, del D.lgs. n. 37/2004 - le partecipazioni rilevanti al capitale delle banche devono essere preventivamente autorizzate dalla Banca d'Italia nei seguenti casi (art. 19, c. 1° e 2°):

a) acquisizione, a qualsiasi titolo, di azioni o quote, da chiunque effettuate, quando comportano, tenuto conto di quelle già possedute, una partecipazione superiore al 5% ovvero al superamento delle soglie del 10%, 15%, 20%, 33% e 50%, del capitale rappresentato da azioni o quote con diritto di voto<sup>82</sup>;

b) acquisizioni o variazioni che, indipendentemente da tali limiti o dall'entità della partecipazione, comportano il controllo della banca.

Tali disposizioni legislative sono integrate con le istruzioni di vigilanza per le banche emanate dalla Banca d'Italia in conformità alle delibere del CICR<sup>83</sup>.

Al fine di evitare facili elusioni della disciplina, il legislatore, attraverso l'art. 22 TUB - rubricato «partecipazioni indirette»<sup>84</sup> - ha sottoposto ad autorizzazione anche la fattispecie in cui il raggiungimento della soglia rilevante o di controllo avvenga in modo indiretto, ossia attraverso le partecipazioni «acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona».

Tale disciplina è il frutto delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 37/2004, per coordinare le novità introdotte dalla riforma societaria ( D.lgs. n. 6/2003) con la peculiare disciplina che governa le società bancarie<sup>85</sup>. In particolare, il legislatore si è preoccupato di «verificare se e in quale misura le nuove forme di partecipazione societarie, svincolate dal tradizionale rapporto con

---

<sup>82</sup> I limiti summenzionati sono fissati dalla Banca d'Italia: Istruzioni di vigilanza Tit. II, Cap. I, sez. II, 4

<sup>83</sup> D. Lucarini, *La separazione fra industria e banca: il punto di vista di un giurista*, in "AGE", 1/2004, pp. 66 – 67. Cfr. M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 436

<sup>84</sup> F. Capriglione, *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari: commento al D.lgs. n° 385/1993, tub*, 2° ed., Padova, 2000, pp. 72 -73

<sup>85</sup> La riforma delle società D.lgs. n. 6/2003 incide sensibilmente sulla disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche, ed in particolare sul rapporto industria – banca, disciplina che presuppone una struttura organizzativa e del capitale della banca società per azioni basata su principi e regole ampiamente superati dalla riforma. Questa, infatti, innova la disciplina delle società di capitali con significative modificazioni rispetto alla composizione, alle competenze ed ai poteri degli organi di gestione e di controllo, nonché con l'introduzione di nuovi modelli strutturali per le società per azioni.

il capitale sociale e dai conseguenti diritti partecipativi, tradizionalmente imperniati sul diritto di voto in assemblea, potessero impattare le previsioni limitative contenute nella norma speciale»<sup>86</sup>.

Le modifiche hanno riguardato l'art. 1, comma 2, TUB, in cui è stata introdotta la lett. *h-quater*) che individua il concetto di "partecipazione" nelle «azioni, le quote e gli altri strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi o comunque i diritti previsti dall'art. 2351, ultimo comma del c.c., e la lett. *h-quinquies*, che individua la nozione di "partecipazioni rilevanti", nelle «partecipazioni che comportano il controllo della società e nelle partecipazioni individuate dalla Banca d'Italia, in conformità alle delibere del CICR, con riguardo alle diverse fattispecie disciplinate, tenendo conto dei diritti di voto e degli altri diritti che consentono di influire sulla società »<sup>87</sup>.

Particolare attenzione merita la *nozione di controllo* adottata dall'art. 23 TUB, ai fini dell'applicazione della disciplina in esame. Si tratta di una nozione che, in campo bancario, ha avuto una genesi travagliata, se si considerano le notevoli rielaborazioni di cui è stata fatta oggetto dalla sua iniziale ed infelice formulazione contenuta nell'art. 27 della l. n. 287/1990, alla stesura recepita

---

<sup>86</sup> Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 71

<sup>87</sup> Il legislatore, avvalendosi della delegificazione rimette al CICR e alla Banca d'Italia il compito di individuare i voti e i diritti idonei ad influire sulla società, infatti, la delibera del CICR, 19 luglio 2005, all'art. 3, «considera partecipazione rilevante: a) il possesso a qualsiasi titolo di azioni, anche private del diritto di voto, per un ammontare non inferiore al 10 per cento del capitale sociale; b) il possesso di una partecipazione superiore al 5 per cento di azioni che danno il diritto di voto, anche condizionato, su uno o più argomenti attinenti alle seguenti materie:

- modifiche dello statuto;
- approvazione di bilanci;
- nomina revoca o responsabilità di componenti degli organi amministrativi di controllo, del revisore o della società di revisione;
- eventuali autorizzazioni richieste dallo statuto per atti degli amministratori; distribuzione di utili.

Ai fini del calcolo della partecipazione di cui alla presente lettera, si tiene conto, al numeratore, di tutte le azioni da acquisire, unitamente a quelle già possedute che danno diritto di voto anche condizionato su uno degli argomenti indicati e, al denominatore, di tutte le azioni eventi diritto di voto anche condizionato sul medesimo argomento. In presenza, di azioni con diritto di voto subordinato al verificarsi di una condizione, il calcolo della partecipazione rilevante per le azioni non condizionate viene effettuato anche ponendo al numeratore e al denominatore soltanto le azioni che danno diritti di voto non condizionati».

dall'art. 16 d. lgs. n. 481/1992, sino all'attuale versione del TUB<sup>88</sup>.

Il testo originario della disposizione (art. 27, 2° comma, l. n. 287/1990) conteneva, in particolare, la previsione di una forma di *controllo congiunto* da partecipazione a sindacati di voto che, pur destando notevoli perplessità, era stata successivamente ripresa, suscitando dubbi e interrogativi tra i commentatori. Tuttavia, senza delineare l'iter legislativo che ha interessato la disciplina del controllo, occorre riconoscere al TUB: il merito di aver superato gran parte delle incertezze interpretative presenti nella versione originaria e di aver riconosciuto la sussistenza del controllo di diritto o di fatto da partecipazione, sanciti all'art. 2359, 1° e 2° comma, codice civile<sup>89</sup>.

Il primo comma dell'art. 23 TUB individua, infatti, la sussistenza del controllo – anche con riferimento a soggetti diversi dalle società – sia nelle fattispecie previste dall'art. 2359 c.c., commi 1° e 2°, sia in presenza “di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento”.

Il secondo comma detta dell'art. 23 TUB detta invece una serie di ipotesi in cui sussiste una presunzione relativa di controllo « nella forma dell'influenza dominante ». In particolare, si considera esistente il controllo nella forma *dell'influenza dominante*, salvo prova contraria, allorché il controllante è in condizione di indirizzare le determinazioni o l'agire delle controllate. La norma prevede, però, che sia sufficiente anche

---

<sup>88</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 75 e anche M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 437. Cfr., F. Giorgianni, *op. cit.*, p. 135

<sup>89</sup> L'art. 2359. **Società controllate e società collegate.** – Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di diritto); 2) le società in cui un'altra società dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria (c.d. controllo di fatto); 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa.

soltanto una delle seguenti situazioni:

- « esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi con altri soci, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori e del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle materie » di competenza dell'assemblea ordinaria;
- il possesso di una partecipazione idonea a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza;
- l'esistenza di rapporti anche tra soci di carattere finanziario e organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti: a) la trasmissione degli utili o delle perdite; b) il coordinamento della gestione delle imprese con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune; c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute; d) l'attribuzione a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità di partecipazioni di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese;
- l'assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

Occorre ora soffermarsi sul *concetto di «acquisizione»* che si rinviene in apertura dell'art. 19, 1° comma: « la Banca d'Italia autorizza preventivamente *l'acquisizione, a qualsiasi titolo, di partecipazioni rilevanti*». Il problema di fondo consiste nel verificare se tale acquisizione debba necessariamente essere sorretta da una sua imputazione alla volontà del soggetto partecipante o meno. In altri termini, ci si è chiesti se con la locuzione «*acquisizione a qualsiasi titolo*» si individui sia un

comportamento cosciente e volontario, sia una situazione in cui l'acquisto della partecipazione si presenta come mero fatto estraneo alla volontà del soggetto. Si pensi al caso « della riduzione del capitale per esuberanza tramite sorteggio che determini l'accrescimento del valore percentuale della partecipazione; o ancora, ipotizzando che nella banca vi siano due azionisti di riferimento che, anche tramite società controllate, possiedano l'uno il 30% e l'altro il 27% del capitale sociale, si ipotizzi – ancora una volta- che in seguito ad una ristrutturazione del gruppo il primo scenda al 25% facendo acquistare al secondo il controllo di fatto dell'ente creditizio»<sup>90</sup>.

Si è osservato che l'acquisizione presupponga, in ogni caso, «un comportamento commissivo od omissivo imputabile al soggetto». Si dovrebbe cioè concludere nel senso della non soggezione ad obblighi di comunicazione o di autorizzazione, dell'incremento di partecipazioni che comportino il superamento della prima soglia critica (del 5%), quando tale incremento non sia riconducibile alla volontà del partecipante<sup>91</sup>.

Si è anche rilevato<sup>92</sup> che la soluzione vada valutata in relazione alla sua oggettiva funzionalità, al perseguimento di quei fini cui il sistema è orientato e, in particolare, alla tutela dell'autonomia della società bancaria e degli interessi dei depositanti. Pertanto, è evidente che l'incremento del peso relativo della posizione societaria del partecipante sia comunque in grado di incidere sul descritto contesto finalistico, indipendentemente da qualsiasi riferibilità alla volontà del soggetto.

---

<sup>90</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 79

<sup>91</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 80 e anche A. Guaccero, *op. cit.*, p. 206

<sup>92</sup> Si tratta di A. Guaccero, *op. cit.*, p. 207

Ve tenuto presente che l'autorizzazione ha carattere preventivo e, quindi, non potrebbe avere logicamente ad oggetto fatti ed accadimenti estranei alla volontà del titolare della partecipazione e perciò non prevedibili o, comunque, da lui non influenzabili. Un richiamo alla volontarietà dell'acquisizione è tra l'altro contenuto sia nell'art. 11, della dir. 89/646/CEE, ( «tutte le persone fisiche o giuridiche che *intendano* detenere...» ) sia nelle Istruzioni della Banca d'Italia (le quali fanno riferimento anch'esse ai « soggetti che intendono acquisire....»: Tit. II, Cap. I, 4 ).

Va, tuttavia, osservato che l'inciso « *a qualsiasi titolo* » sembrerebbe voler ampliare l'ambito di applicazione della norma, se si considera che si riferisce a qualsiasi fattispecie da cui ne possa conseguire, indipendentemente dalla volontà o dall'intenzione del titolare, l'incremento della partecipazione. Tale proposizione potrebbe servire ad ampliare l'ambito di applicazione della norma al di là delle ipotesi di acquisizione a titolo di proprietà, sino ad abbracciare quelle di acquisizione a titolo di pegno e usufrutto. Tuttavia, si ritiene che non sia questa l'interpretazione corretta, in quanto l'inciso "a qualsiasi titolo" servirebbe ad indicare un qualsiasi atto che comporti il trasferimento di un pacchetto di azioni, quote o altri strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi<sup>93</sup>.

Se l'espressione «acquisizione» fa riferimento ad una pluralità di fattispecie, nelle Istruzioni di vigilanza si rinvengono precise indicazioni su operazioni particolari che l'organo di vigilanza ritiene o meno soggette ad autorizzazione. I casi di acquisizione individuati dalle Istruzioni riguardano gli atti di

---

<sup>93</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 80



liberalità, le successione *mortis causa*, gli aumenti di capitale ed lancio di offerte pubbliche di acquisto o di scambio ( Tit. II, cap. I, sez. II, 6-7).

Un altro aspetto di rilievo delle partecipazioni rilevanti, riguarda *le modalità di calcolo delle soglie partecipative* al raggiungimento delle quali, scattano gli obblighi di comunicazione autorizzativi e di alienazione. Sotto questo profilo, la disciplina del TUB, prima dell'emanazione del D.lgs. n. 37/2004, faceva riferimento a percentuali di capitale rappresentate dal valore di azioni detenute in rapporto all'intero ammontare dello stesso, presupponendo quindi che le azioni avessero un valore nominale. Tali presupposti, se valutati rispetto alle innovazioni introdotte dalla riforma societaria D.lgs. n. 6/2003 andavano necessariamente rivisitati soprattutto se si considera che la riforma ha consentito: *a)* di emettere azioni prive di valore nominale; *b)* di derogare al principio di proporzionalità, fermo restando che il valore complessivo dei conferimenti non può essere inferiore all'ammontare globale del capitale sociale, permettendo così di poter influire sulla gestione della società indipendentemente dalla misura delle partecipazioni; *c)* di creare categorie di azioni che attribuiscono diritti diversi o azioni senza il diritto di voto, ovvero con diritto di voto limitato a certi argomenti o ancora subordinato al verificarsi di condizioni non meramente potestative; *d)* di emettere strumenti finanziari dotati di diritti patrimoniali ed anche diritti amministrativi, escluso il voto in assemblea generale ma con diritto di voto su specifici argomenti<sup>94</sup>.

Tali novità della riforma societaria hanno quindi

---

<sup>94</sup> Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 70. Cfr. M. Pellegrini, *op. cit.*, pp. 448-449

comportato rilevanti problemi in relazione alle modalità di calcolo delle partecipazioni rilevanti, se si considera che le Istruzioni della Banca d'Italia ( Tit. II, cap. 1, sez. IV, 16) prendono in considerazione solo le azioni con diritto di voto, ordinarie o privilegiate, con esclusione delle azioni di risparmio. Da qui la necessità di una integrazione del sistema di calcolo del rapporto partecipativo e l'urgenza di un intervento di coordinamento del Testo unico con la riforma societaria.

In questa prospettiva si è collocato il D.lgs. n. 37/2004, col quale il legislatore ha cercato di evitare che tali ulteriori forme di partecipazione sociale, svincolate dal tradizionale rapporto con il capitale sociale e dai conseguenti diritti partecipativi imperniati sul diritto di voto in assemblea, limitassero o annullassero le previsioni limitative contenuta nell'art. 19 TUB.

Il quadro è ben più articolato perché i parametri identificativi allora esistenti, espressi in termini meramente quantitativi , in rapporto percentuale al diritto di voto o al totale delle azioni emesse, si rivelavano (alla luce della vasta gamma degli strumenti partecipativi c.d. «ibridi» introdotti dalla riforma) incapaci di individuare l'effettivo controllo e la rilevante influenza sulla gestione della società. Si è proposta, pertanto, l'adozione di riferimenti alle partecipazioni possedute di tipo qualitativo e non solo quantitativo, attribuendosi alla Banca d'Italia il compito di identificare queste partecipazioni e di valutare se sono in grado di influire o meno sulla gestione della banca<sup>95</sup>.

Si è dunque rimesso alla normazione secondaria il compito di individuare i voti e i diritti delle partecipazioni idonei ad

---

<sup>95</sup>Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 72. Cfr., V. Santoro, *op. cit.*, pp. 3 – 5

influire sulla società e di conseguenza sugli assetti proprietari delle banche.

## **2.2 L'autorizzazione della Banca d'Italia**

Veniamo ora all'analisi di un altro aspetto fondamentale: *la domanda di autorizzazione preventiva*. Ai sensi dell'art. 19, 1° e 2° comma, la Banca d'Italia autorizza preventivamente l'acquisizione e la variazione di partecipazioni rilevanti in una banca. Pertanto tutti i soggetti che intendono acquisire, direttamente o indirettamente, una partecipazione rilevante, devono informare preventivamente la Banca d'Italia in merito alle operazioni che comportano l'acquisizione del controllo di una banca<sup>96</sup>.

L'autorizzazione, inoltre, deve essere richiesta alla Banca d'Italia prima che l'operazione sia conclusa e se l'operazione è diretta ad acquisire il controllo di una banca o della capogruppo, l'autorizzazione, deve essere richiesta non oltre 30 giorni dalla presentazione dell'informativa preventiva. Si aggiunga, però, che se il superamento delle soglie autorizzative si determini a seguito dell'esito di operazioni di aumento di capitale, ovvero a seguito di operazioni che riguardano l'assetto proprietario di soggetti esteri, l'autorizzazione può essere richiesta anche al termine dell'operazione. In tal caso, non possono essere esercitati i diritti di voto, inerenti alle azioni che eccedono le predette soglie, fin quando il soggetto non abbia ottenuto la prescritta

---

<sup>96</sup> «L'informativa preventiva deve contenere indicazioni sugli elementi essenziali dell'operazione: tempi, modalità e fonti di finanziamento». Istruzioni della Banca d'Italia, Tit. II, cap. 1, sez. II.

autorizzazione<sup>97</sup>. La Banca d'Italia si pronuncia entro 60 giorni dalla data di ricezione della domanda di autorizzazione corredata della documentazione richiesta.

Vi sono, peraltro, operazioni alle quali partecipano soggetti appartenenti a Stati extracomunitari che «non assicurano condizioni di reciprocità». In tal caso, la Banca d'Italia ai sensi dell'art. 19, 8° comma, comunica la domanda di autorizzazione al Ministro dell'economia, su proposta del quale, il Presidente del Consiglio dei Ministri può vietare l'autorizzazione. Si rimette, quindi, al potere politico la decisione se vietare o meno, l'accesso nel capitale delle banche nazionali, ai soggetti extracomunitari. Questo tipo di scelta non ha come fondamento la tutela della sana e prudente gestione (condizione fondamentale per il rilascio dell'autorizzazione nelle altre operazioni summenzionate) ma, scaturisce dal mero fatto, che nello stato extracomunitario, di provenienza del soggetto che vuole accedere al capitale della banca italiana, ai cittadini italiani siano frapposti ostacoli all'acquisto di partecipazioni bancarie<sup>98</sup>.

La domanda di autorizzazione, oltre a fornire le informazioni relative alle finalità dell'operazione, deve necessariamente contenere le informazioni riguardanti: le generalità dei soggetti richiedenti; la banca o la capogruppo di cui si intende acquisire o incrementare la partecipazione e della relativa quota di capitale, specificando il numero e le categorie di azioni eventualmente già possedute e di quelle che si intendono acquisire; la qualità dei soggetti richiedenti - ai sensi dell'art. 11 della delibera del CICR, 19 luglio 2005 - in termini di onorabilità

---

<sup>97</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 87

<sup>98</sup> Cfr., M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 439

e correttezza dei comportamenti nelle relazioni d'affari dei singoli soggetti, nonché di affidabilità della situazione finanziaria dei soggetti partecipanti, ciò avendo riguardo anche della trasparenza degli assetti proprietari e di governo di tali soggetti<sup>99</sup>. L'intervento dell'Organo di vigilanza bancaria, infatti, persegue l'obiettivo generale di evitare che gli azionisti rilevanti possano esercitare i loro poteri in pregiudizio di una sana e prudente gestione della banca, (art. 19, 5° comma). In sostanza, la Banca d'Italia ai fini del rilascio dell'autorizzazione, controlla e verifica se il partecipante sia in possesso dei requisiti di onorabilità e se ricorrano le condizioni atte a garantire una sana prudente gestione della banca o della capogruppo<sup>100</sup>.

In conformità ai criteri fissati dal CICR, è sempre il 5° comma dell'art. 19 TUB a disporre che la Banca d'Italia può, in ogni momento, sospendere o revocare l'autorizzazione qualora vengano meno le condizioni ed i presupposti in base ai quali l'autorizzazione medesima è stata rilasciata. Una volta accertata l'insussistenza di uno o più requisiti previsti per il rilascio dell'autorizzazione, se il soggetto assicura il ripristino di tali condizioni in tempi brevi, la Banca d'Italia procede con la sospensione, altrimenti viene revocata l'autorizzazione.

L'omessa richiesta di autorizzazione o il mancato rilascio della stessa non incide sulla validità né sull'efficacia del negozio di acquisizione. Ai sensi dell'art. 24 TUB, infatti, esse comportano la sospensione del diritto di voto relativo alle azioni per le quali l'autorizzazione era necessaria. In caso di inosservanza, la delibera assunta con il voto determinante di azioni il cui diritto di

---

<sup>99</sup> Cfr., Istruzioni della Banca d'Italia, Tit. II, cap. I, sez. II, 5 - 6

<sup>100</sup> I criteri per il rilascio dell'autorizzazione sono sanciti in conformità alle delibere del CICR *nelle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia*, Tit. II, Sez. II, cap. 1, 7 - 10

voto era sospeso, è impugnabile ai sensi dell'art. 2377, c. c. anche dalla Banca d'Italia, entro sei mesi dalla data di deliberazione o dell'iscrizione nel registro delle imprese<sup>101</sup>.

Si parla in questi casi di *sterilizzazione* del diritto di voto. Non propriamente una sanzione, bensì una conseguenza della mancanza di uno dei requisiti o condizioni previsti per il rilascio dell'autorizzazione e, quindi, per la legittimazione del voto. Sembra chiaro, che l'obiettivo è quello di evitare che i soci in possesso di partecipazioni rilevanti esercitino i loro poteri in pregiudizio della sana e prudente gestione della banca<sup>102</sup>.

L'art. 24 TUB, rubricato « sospensione del diritto di voto e degli altri diritti, obbligo di alienazione », è stato integrato dal citato d. lgs. 28 dicembre 2004, n. 310. Tale provvedimento si limita ad aggiungere il comma 3-*bis* ai sensi del quale « non possono essere esercitati i diritti derivanti dai contratti o dalle clausole statutarie per i quali le autorizzazioni previste dall'art.19 non siano state ottenute, ovvero siano state sospese o revocate». Dunque l'intervento del d. lgs. n. 310/2004 sull'art. 24 completa l'opera di coordinamento tra TUB e riforma delle società<sup>103</sup>.

In sostanza, l'integrazione consente di includere nella c. d. sterilizzazione i diritti esercitabili in virtù di contratti o clausole statutarie che hanno, per oggetto o per effetto, il potere di esercitare l'influenza sulla gestione della società.

L'ultima integrazione apportata dal d. lgs. n. 310/2004 riguarda sempre l'art. 19, al quale è stato aggiunto il comma 8-*bis*, in base al quale « le autorizzazioni previste dal presente articolo e il divieto previsto dal comma 6° si applicano anche

---

<sup>101</sup> Cfr., M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 439

<sup>102</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, pp. 96 - 97

<sup>103</sup> Cfr. M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 455

all'acquisizione, in via diretta o indiretta, del controllo derivante da un contratto con la banca o da una clausola del suo contratto»<sup>104</sup>.

### **3. La separatezza fra banca e industria**

La disciplina che regola la partecipazione al capitale delle banche di soggetti che svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori industriali, va inquadrata, nell'ampia problematica dei rapporti banca e industria e nella scelta legislativa di privilegiare, per quanto attiene ai rapporti di natura partecipativa, il principio di separatezza.

Tale principio risponde alla *ratio* di evitare influenze sulla banca da parte degli azionisti industriali ed, in particolare, di assicurare l'indipendenza della direzione bancaria al fine di garantire, come si è già detto, la sana e prudente gestione.

Alla luce della disciplina del testo unico bancario del 1993, all'impresa industriale si applica quanto stabilito dal 1° comma dell'art. 19, in base al quale «chiunque» - e quindi anche l'impresa industriale - intenda acquisire una partecipazione superiore al 5% del capitale della banca, deve ottenere preventivamente l'autorizzazione della Banca d'Italia.

Il principio di separatezza trova cittadinanza nel corpo del già considerato articolo 19 TUB e, precisamente, nei commi 6° e 7°, dedicati all'influenza che può determinare sulla gestione della banca la presenza, nella compagine sociale, di soggetti di diversa estrazione imprenditoriale, dettando due disposizioni che è

---

<sup>104</sup> *Ivi*, p. 454

necessario esaminare separatamente<sup>105</sup>.

Ai sensi dell'art. 19, 6° comma TUB, i soggetti che, anche attraverso società controllate, svolgono *in misura rilevante* attività d'impresa in settori non bancari e non finanziari, non possono essere autorizzati ad acquisire partecipazioni quando la quota dei diritti di voto partecipazione complessivamente detenuta oltrepassi la soglia del 15% del capitale di una banca rappresentato da azioni o quote con diritto di voto o, comunque, di controllo. In tal modo, la legge consente a tali soggetti di detenere, direttamente o indirettamente, una partecipazione a carattere minoritario che, in ogni caso, non può eccedere la percentuale sopraindicata.

Da tener presente, inoltre, che il divieto di autorizzazione riguarda esclusivamente imprenditori operanti «in misura rilevante» in settori «non bancari e non finanziari». La norma, però, non offre ulteriori indicazioni riguardo al loro significato, che va perciò ricercato nella normativa secondaria emanate dalla Banca d'Italia in conformità alla delibera del CICR del 1993. Dalle istruzioni di vigilanza, si evince, innanzitutto, che per *attività finanziarie* si intendono quelle indicate nell'art. 1, comma 2, lett. f, t.u.b., cioè le attività ammesse al muto riconoscimento: credito al consumo, factoring, leasing finanziario, partecipazione all'emissione dei titoli, gestione o la consulenza nella gestione di patrimoni, ivi incluse le attività assicurative che ad esse sono equiparate<sup>106</sup>. Conformemente ai criteri fissati dal CICR nella delibera del 19 luglio 2005 è contenuta, inoltre, nelle Istruzioni di vigilanza, la determinazione della «rilevanza» di tali attività,

---

<sup>105</sup> Cfr., M. Pelegriani, *op. cit.*, p. 439. Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 104

<sup>106</sup> Cfr., *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, sez. II, 11



rispetto al complesso delle attività svolte dal soggetto considerato.

Le Istruzioni di vigilanza precisano che la *rilevanza* dell'esercizio di un'attività di impresa, in settori diverso da quello bancario o finanziario, è commisurata al totale delle attività svolte in via diretta dall'interessato, specificando inoltre, che il divieto non si applica quando il richiedente provi che le attività svolte direttamente non eccedano il 15% del totale di queste<sup>107</sup>. «Se il soggetto richiedente abbia partecipazioni, anche indirette, di controllo in altre società, deve essere, inoltre, rispettata la condizione che la somma degli attivi delle società, né bancarie né finanziarie, controllate non ecceda il 15% della sommatoria dell'attivo d'impresa del soggetto richiedente e di tutte le società da esso controllate»<sup>108</sup>. Naturalmente, la nozione di controllo segue i criteri dettati dall'art. 23 prima esaminati.

Il limite summenzionato, viene ritenuto idoneo a preservare la separatezza poiché con il suo superamento sorge una presunzione di coinvolgimenti e condizionamenti dell'attività bancaria che possono dar vita a distorsioni nell'erogazione del credito.

Ai sensi dell'art. 24, comma 3° TUB, incombe sui soggetti che svolgono attività in misura rilevante in settori non bancari un *obbligo di alienazione* delle azioni o delle quote che eccedono il 15% del capitale con diritto di voto nella banca o che comunque ne comportano il controllo. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, appare condivisibile l'opinione<sup>109</sup> che limita l'obbligo di alienazione della sola aliquota marginale della partecipazione che

---

<sup>107</sup> Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 67; Cfr., M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 440

<sup>108</sup> Cfr., *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, sez. II, cap. 1, 12; Cfr., G. F. Campobasso, *op. cit.*, p. 303

<sup>109</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 108

consente di esercitare il controllo. Il termine entro cui effettuare l'alienazione viene stabilita dalla Banca d'Italia. In caso di inerzia dell'interessato, quest'ultima, chiede al tribunale di ordinare la vendita delle partecipazioni.

Va, peraltro, segnalato un aspetto di particolare rilievo: l'attribuzione alla Banca d'Italia, del potere di negare o revocare l'autorizzazione in presenza di accordi, conclusi in qualsiasi forma, da cui derivi, durevolmente in capo alle imprese industriali, « una rilevante concentrazione di potere per la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori della banca » tale da pregiudicarne la sana e prudente gestione (art. 19, 7° comma). Tale norma va letta congiuntamente all'art. 20, 2° comma, che impone la comunicazione all'organo di vigilanza di ogni accordo che regoli, o da cui possa derivare l'esercizio concertato del diritto di voto e attribuisce il potere alla Banca d'Italia di valutare l'accordo e conseguentemente di deciderne la sospensione. È chiaro che la norma attribuisce un ampio potere discrezionale alle autorità di vigilanza nel valutare il singolo caso, poiché, la norma non vieta la possibilità di mantenere una partecipazione superiore alle soglie poste a presidio della separatezza, quando la Banca d'Italia valuti l'accordo non idoneo a pregiudicare la sana e prudente gestione della banca.

Traspare allora con chiarezza che l'obiettivo del legislatore è quello di prevenire le partecipazione industriali nelle banche quando queste siano in grado di influenzare, assoggettandola agli interessi di un unico soggetto, la gestione della banca creando situazioni di potenziale conflitto di interesse<sup>110</sup>.

In sostanza, è possibile che la costituzione di un ente

---

<sup>110</sup> Cfr., V. Santoro, *op. cit.*, p. 5. Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 67

creditizio sia effettuata ad iniziativa esclusivamente industriale, a condizione però, che le singole partecipazioni non eccedano le soglie autorizzabili e che i soggetti non si raggruppino in un accordo di sindacato. Il TUB, infatti, sopprime la figura del controllo congiunto da partecipazione a patto di sindacato (prevista, come si è già detto, nell'art. 27, 2° comma, l. n. 287/90), ma ciò non vuol dire che si disconosca il pericolo che gli accordi parasociali possano eludere l'obbligo della separatezza.

Occorre al riguardo tener presente che la figura del controllo congiunto era stata introdotta dal nostro legislatore onde evitare il pericolo che più soggetti industriali, attraverso un patto di sindacato, potessero aggirare i presidi alla separatezza previsti dalla normativa del tempo. Tale figura, infatti, delineava una presunzione di controllo in capo a ciascuno dei soggetti partecipanti al patto, mentre con la soppressione di tale figura nel TUB il legislatore ha ritenuto plausibile «considerare controllanti più soggetti che possano congiuntamente influire in maniera dominante sulla gestione ».

In questo modo il socio industriale di società bancaria può ora sfruttare pienamente il limite del 15% ed evitare il rischio di essere considerato controllante pur partecipando ad un patto di sindacato con una quota esigua<sup>111</sup>. Ai sensi dell'art. 23, infatti, il controllo sussiste quando un soggetto, in base ad accordi con altri soci, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori, ovvero di esercitare la maggioranza dei diritti di voto in assemblea ordinaria.

Come si rilevava, nell'ipotesi « in cui ci sia un sindacato di voto tra dieci soci industriali, ciascuno dei quali possiede il 2%

---

<sup>111</sup> Cfr., D. Lucarini, *op. cit.*, p. 68. Cfr., M. Pellegrini, *op. cit.*, p. 445-446

del capitale della banca, caduto il controllo congiunto, la partecipazione dei soci sindacati non ricade nel divieto di cui all'art. 19 dato che nessun socio da solo può nominare la maggioranza degli amministratori»<sup>112</sup>.

Pertanto, in assenza del controllo congiunto, la normativa prevista dall'art. 19 potrebbe facilmente essere elusa se la Banca d'Italia non avesse il segnalato potere ai sensi dell'art. 19, 7° comma, di verificare l'effettiva portata dell'accordo e quindi valutare l'idoneità a pregiudicare la sana e prudente gestione della banca.

#### **4. La trasparenza degli assetti proprietari: gli obblighi di comunicazione**

La disciplina sulla trasparenza degli assetti proprietari è oggi racchiusa negli artt. 20 e 21 del TUB. Gli obblighi di comunicazione degli assetti partecipativi delle banche, disciplinati dall'art. 20, costituiscono solo una parte di quel complesso di norme finalizzato a consentire alle autorità di vigilanza l'acquisizione di ogni informazione rilevante per l'esercizio delle proprie funzioni, sino a realizzare un grado di trasparenza assoluta nei suoi confronti.

Solo attraverso una lettura congiunta delle normativa primaria e delle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia è possibile ricostruire nella sua interezza il sistema vigente<sup>113</sup>. In sostanza, l'art. 20, TUB mantiene ferma la duplice regola che

---

<sup>112</sup> Cfr., G. F. Campobasso, *op. cit.*, pp. 304 - 306

<sup>113</sup> *Ivi*, p. 295

chiunque partecipi, direttamente o indirettamente, al capitale delle banche o delle capogruppo deve comunicare al soggetto partecipato e alla Banca d'Italia l'ammontare della propria partecipazione<sup>114</sup>.

Alla Banca d'Italia è rimesso il compito di determinare le soglie di rilevanza, iniziale e successiva, oltre le quali scattano gli obblighi informativi e di comunicazione. In particolare, la percentuale rilevante per le comunicazioni è fissata nel 5% del capitale della banca e nei successivi multipli del 5%. Sono esonerate dall'obbligo di comunicazione l'acquisizione o l'incremento della partecipazione, quando raggiungono le soglie che fanno scattare l'obbligo di autorizzazione (e cioè le soglie fissate in via regolamentare del 5%, 10%, 15%, 20%, 33% e 50%) poiché, in tal caso la comunicazione si intende effettuata con la domanda di autorizzazione preventiva. L'obbligo di comunicazione scatta, invece, solo per gli incrementi che comportano il superamento delle soglie del 25%, 40%, 55%, e successivi multipli di 5. Inoltre, la comunicazione va effettuata anche in caso di riduzione della partecipazione al di sotto di ciascuna delle soglie fissate per gli obblighi di comunicazione e di autorizzazione<sup>115</sup>.

La Banca d'Italia prevede che la comunicazione debba essere effettuata entro dieci giorni dalla conclusione delle

---

<sup>114</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p. 100

<sup>115</sup> Le *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, cap. 1, Sez. II, 13, individua i seguenti casi che fa scattare l'obbligo di comunicazione: « a) perfezionamento delle operazioni soggette ad autorizzazione ovvero eventuale decisione di non concludere l'operazione autorizzata; b) aumento della partecipazione che comporta il superamento del 25%, 40%, 45% e 55% del capitale sociale e delle successive soglie eccedenti quest'ultimo limite nella misura di multipli del 5% (60%, 65% ... 95%) o raggiungimento del 100%; c) riduzione dell'ammontare della partecipazione al di sotto di ciascuna delle soglie fissate per gli obblighi di autorizzazione o di comunicazione. La Banca d'Italia si riserva la *facoltà di fissare soglie percentuali inferiori a quelle stabilite* ai punti b) e c) nel caso in cui il capitale delle banche o capogruppo sia caratterizzato da un elevato frazionamento. L'elenco di tali soggetti e le soglie di rilevanza sono pubblicati in Gazzetta Ufficiale. Per ciò che concerne le azioni di cui si deve tenere conto nel computo delle percentuali rilevanti e le relative modalità di calcolo, si applicano le disposizioni di cui alla Sez. IV, par. 1, del presente Capitolo. Non è tenuto all'obbligo di comunicazione il Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per le partecipazioni detenute indirettamente ».

operazioni di acquisizione summenzionate e, nel caso si tratti di banche di nuova costituzione, entro 10 giorni dalla data dell'iscrizione all'albo delle banche.

Un obbligo di comunicazione sussiste anche con riguardo agli *accordi* che determinano, comunque, l'esercizio concertato del voto in una banca anche cooperativa o nella società che la controlla, indipendentemente dalla forma, dalla durata, dal grado di vincolatività e stabilità<sup>116</sup>. Il comma 2°, dell'art. 20 stabilisce che l'accordo deve essere comunicato alla Banca d'Italia entro cinque giorni dalla stipulazione ovvero, se non è stato concluso per iscritto, entro cinque giorni « dal momento di accertamento delle circostanze che ne rilevano l'esistenza ». La comunicazione deve essere effettuata « dai partecipanti ovvero dai legali rappresentanti della banca o della società cui l'accordo si riferisce».

La Banca d'Italia, oltre a poter chiedere informazioni ai soggetti comunque interessati, ha il potere di sospendere il diritto di voto dei soci partecipanti all'accordo, qualora dallo stesso derivi una concentrazione del voto tale da pregiudicare la sana e prudente gestione della banca (art. 20, 2° comma, ult. parte). In particolare, la Banca d'Italia valuta in concreto i riflessi dell'accordo sulle politiche gestionali, nello specifico: la loro capacità di « alterare la funzionalità dei processi decisionali della banca»<sup>117</sup>.

Le Istruzioni di vigilanza prevedono, inoltre, che la «sospensione del voto può riguardare anche singoli argomenti

---

<sup>116</sup> Cfr., *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, cap. 1, Sez. III, 14. Cfr., G. F. Campobasso, *op. cit.*, p. 297, fa notare che « la disposizione riprende analoga indicazione contenuta nel testo riformato dell'art. 27, 2° comma, della l. n. 287/90, ma con formula ampliata chiaramente volta a ricomprendere anche i patti di mera consultazione. Si fa infatti esplicito riferimento non solo agli accordi che regolano il diritto di voto, ma anche a quelli da cui possa da cui comunque possa derivare l'esercizio concertato del voto, nonché gli accordi di associazione ».

<sup>117</sup> Cfr., F. Capriglione, *op. cit.*, p.102. Cfr. *Istruzioni di vigilanza*, Tit.II, Cap. 1, Sez. II, 14

all'ordine del giorno dell'assemblea della società ». L'omissione delle comunicazioni previste dall'art. 20 comporta la sospensione del diritto di voto ai sensi dell'art. 24, 1° comma.

Nell'ambito della trasparenza degli assetti proprietari resta da trattare, come si è già fatto cenno all'inizio del paragrafo, *la richiesta di informazione*. Ai sensi dell'art. 21, la Banca d'Italia ha il potere di richiedere alle banche e ai soggetti che vi partecipano, l'indicazione nominativa dei soci, secondo quanto risulta dal libro dei soci, dalle comunicazioni ricevute e dagli altri dati a loro disposizione, nonché l'indicazione delle società e degli enti controllanti. Inoltre la banca d'Italia può richiedere le generalità dei fiduciari alle società fiduciarie cui siano intestate le azioni o quote della società appartenenti a terzi.

## **5. La commistione tra banca e industria: inefficienze, instabilità e benefici**

Più fattori concomitanti, sia nell'ambito del sistema industriale, sia in quello bancario hanno riportato alla luce, nell'ultimo ventennio, le inefficienze e i problemi insiti nella stretta commistione tra banca e industria, risolvendo dibattiti sulle conseguenze derivanti dall'adozione di un modello di separatezza o di integrazione.

Le ragioni attuali della separatezza, oltre ad una consolidata «memoria storica», traggono origine dalla constatazione che la differenza di finalità strategiche tra l'imprenditore industriale e quello bancario o finanziario porterebbe ad una perdita di efficienza e di stabilità nel sistema

bancario e di competitività su quello industriale. Infatti, già a partire dagli anni '80 le motivazioni strategiche con cui l'industria guardava la finanza non era certo quello di eguagliare al margine i rendimenti attesi da attività alternative al netto del rischio, bensì quello di acquisire il controllo sostanziale di imprese finanziarie ed in particolare di banche, per piegarne la gestione ad una strategia di gruppo<sup>118</sup>. Non lievi sarebbero, in quest'ottica, le conseguenze dell'integrazione, sia in termini di stabilità che di perdita di autonomia e indipendenza delle banche.

I legami e gli incroci proprietari fra banche e imprese sono sempre più intensi, sembrano, infatti, assumere maggiore rilevanza quantitativa e qualitativa e come in passato, i sostenitori della separatezza, evidenziano la necessità di conservare i caratteri peculiari della gestione bancaria. In modo particolare l'agire indipendente che rappresenta un valore da presidiare in quanto strumentale all'efficiente allocazione delle risorse creditizie<sup>119</sup>.

In linea di principio, non è detto che gli intrecci proprietari generino sempre effetti negativi. Infatti, se consideriamo l'acquisizione di una partecipazione industriale da parte di una banca, da un lato, questa sarà indotta ad assumere un impegno credibile e informato nei confronti dell'impresa, allo scopo di costruire rapporti privilegiati e stabili per quanto concerne l'offerta dei propri servizi finanziari; dall'altro, la banca ottiene poteri più stringenti di disciplina nei confronti della gestione dell'impresa, condizionando le scelte del management mediante incentivi e minacce credibili<sup>120</sup>. In quest'ottica la partecipazione

---

<sup>118</sup> Cfr., P. Ciocca – F. Frasca, *op. cit.*, pp. 35 - 36

<sup>119</sup> Cfr., A. Guaccero, *op. cit.*, pp. 30 - 33

<sup>120</sup> Cfr., M. Messori, *op. cit.*, p. 52



bancaria al capitale industriale viene vista come uno strumento di incentivo esterno ad una gestione efficiente della società industriale.

Vi sono, però, circostanze in cui la banca raggiunge posizioni di monopolio mediante la c.d. «cattura informativa» del mutuatario, oppure genera una posizione di rendita al mutuatario inefficiente a causa del pervasivo incentivo bancario a tutelare i crediti «dubbi», mediante la rinegoziazione di vecchi contratti di debito o la concessione di altri crediti.

In Italia, la partecipazione delle banche al capitale industriale non ha aumentato l'intensità informativa dei contratti di debito, né agevolato la ristrutturazione industriale; ma attraverso il fenomeno del multiaffidamento – diretto a salvaguardare la profittabilità delle banche mediante un elevato frazionamento dei rischi secondo un criterio garantistico-assicurativo – si è permesso alle banche di tutelare i loro bilanci correnti mediante la rinegoziazione dei vecchi crediti e l'ampliamento del sostegno finanziario<sup>121</sup>. La conseguenza di tale processo è stata una forte tendenza collusiva tra i gruppi bancari, creditori di un'impresa in difficoltà e fra ciascuno di tali gruppi e la stessa impresa.

L'altro profilo d'indagine del rapporto banca/industria evidenzia che una significativa presenza di imprese industriali nel capitale azionario delle banche fa crescere le probabilità di un'allocazione inefficiente dei servizi offerti<sup>122</sup>. Tuttavia, se la presenza di soggetti industriali nella banca è contenuta entro certi limiti, può essere considerata positivamente sia per le finalità

---

<sup>121</sup> *Ivi*, p. 53

<sup>122</sup> *Ivi*, p. 54. Cfr. A. Guaccero, *op. cit.*, p. 43.

imprenditoriali-economiche che la dovrebbero ispirare, favorendo, quindi, il “carattere” d’impresa nella banca, sia per la particolare capacità di questi soggetti di valutare il management e i mercati di riferimento. Tra l’altro, l’azionariato industriale nelle banche, può rappresentare un oggettivo elemento di stimolo, dinamicità e ricambio degli assetti proprietari tuttora incentrati sul ruolo, a volte molto rilevante, delle fondazioni *ex* pubbliche con le loro criticità di governance e di ibridismo operativo<sup>123</sup>.

Infatti, la struttura proprietaria dei maggiori gruppi bancari italiani è ancora oggi caratterizzata da due fattori: una fitta trama di reciproci legami azionari e il rilevante ruolo detenuto dalle fondazioni di origine bancaria in tale trama. Gli intrecci proprietari sono così intensi da sfociare in una ragnatela che ostacola lo sviluppo di un mercato concorrenziale della riallocazione dei diritti proprietari, ma che non è sufficientemente solida per dar vita ad un operatore nazionale in grado di poter competere sui mercati europei e internazionali<sup>124</sup>.

Tralasciando la questione degli assetti proprietari, permangono, tuttavia forti esigenze di separatezza, non solo per le tradizionali caratteristiche del nostro sistema bancario, ma anche perché nel sistema industriale non ci sono protagonisti in grado, e soprattutto in numero sufficiente, da poter formare un vero e proprio mercato delle partecipazioni bancarie all’interno di quel sistema. A ciò si aggiunga un retaggio storico o meglio una «memoria storica», in relazione ai rischi e agli effetti delle commistioni, che rendono necessarie l’introduzione di regole dirette a prevenire situazioni di conflitti di interessi non solo fra le

---

<sup>123</sup> Si veda anche, Associazione Disiano Preite, *Banche e imprese: alla ricerca di nuovi equilibri*, in “Banca Borsa e Titoli di Credito”, 2006, p. 257

<sup>124</sup> Cfr., M. Messori, *op. cit.*, p. 54.

banche e i soggetti industriali, ma anche fra questi ultimi.

I rischi che sono da sempre paventati dalla letteratura economica, riguardo allo specifico versante delle commistioni tra banca e industria, convergono sui seguenti profili di instabilità ed inefficienza:

- « coinvolgimento della banca nelle vicende di insolvenza del gruppo industriale partecipante e viceversa;
- sostanziale affidamento del credito di ultima istanza da parte della banca centrale ad un soggetto non bancario (per il trattamento della banca partecipata );
- perdita di quel controllo esterno sull'industria, normalmente esercitato da una banca indipendente, nonché di quella essenziale funzione di monitoraggio del merito del credito da parte del sistema bancario autonomo;
- rischi di instabilità del sistema complessivo dovuti all'inefficiente allocazione delle risorse creditizie»<sup>125</sup>.

Va peraltro notato, che una delle costanti dell'analisi condotta dai primi decenni del secolo, è data dall'interpretazione del ruolo della banca all'interno del sistema economico: essa, infatti, deve custodire ed incrementare quel patrimonio sul quale si basa l'intero meccanismo di allocazione del credito<sup>126</sup>. Da questa premessa discende l'assunto dell'esclusività del ruolo delle banche all'interno del sistema; ruolo che non può essere rimpiazzato dagli altri intermediari finanziari né quantomeno dalle industrie che fanno finanza da sé. All'esclusività del ruolo delle banche si accompagna l'autonomia, in quanto, solo un sistema di banche indipendenti può adeguatamente svolgere la

---

<sup>125</sup> Cfr., A. Guaccero, *op. cit.*, pp. 52-54

<sup>126</sup> *Ivi*, p. 47

funzione di monitoraggio della meritevolezza del credito<sup>127</sup>.

Nella visione e nell'analisi di Schumpeter, infatti, «l'innovazione produttiva si attua se l'impresa risulta meritevole di finanziamento *nell'autonoma* valutazione di chi detiene il potere di creazione del credito »<sup>128</sup>.

In sostanza in questa prospettiva, per lo più economica, le due componenti dell'economia di mercato, l'industria e le banche, sono necessarie l'una all'altra anche se i loro interessi sono in parziale conflitto. Infatti, se si vuole superare la dialettica banca-industria che ha caratterizzato il nostro sistema per lungo tempo è necessario che avvenga una crescita dimensionale delle banche, tenendo presente che tale crescita difficilmente può avvenire senza l'intervento del capitale industriale<sup>129</sup>.

Tuttavia, se si propende verso un sistema con una rigida separatezza, i benefici che ne scaturiscono sono individuati in termini di indipendenza della banca nel suo ruolo di monitoraggio e verifica della meritevolezza del credito. Allo stesso tempo, un eccesso di separatezza presenta rischi di: scarsa collaborazione tra banca e industria; ridotti incentivi ad un incremento della loro profittabilità; scarsa capitalizzazione delle banche.

Sull'altro versante si pone un sistema «integrato» i cui rischi sono già stati menzionati, mentre i benefici

---

<sup>127</sup> *Ivi*, p. 48

<sup>128</sup> La teoria dello sviluppo di Schumpeter fa perno sui processi allocativi: che consentono di trasferire le risorse disponibili da chi possiede i mezzi utilizzati in modo poco produttivo in favore di chi intravede migliori prospettive di guadagno e non è avverso al rischio. Se mancano questi mezzi l'imprenditore non può realizzare l'innovazione, pertanto, la riallocazione è affidata, oltre ai mercati in generale, alle istituzioni responsabili del controllo e della creazione del credito, cioè le banche. Schumpeter vede la creazione del credito « come il complemento monetario dell'innovazione ». Affinché le banche possano svolgere con efficacia la funzione di allocazione delle risorse creditizie devono sussistere alcune condizioni prima fra tutte il loro essere «agenti indipendenti». Cfr., P. Ciocca – F. Frasca, *op. cit.*, p. 41

<sup>129</sup> Cfr., A. Guaccero, *op. cit.*, p. 51

dell'integrazione riguardano: l'afflusso di capitale alle banche; un più solido collocamento nella competizione internazionale; apporto di nuove competenze manageriali provenienti dal settore industriale.

Come si può notare, se si sceglie un sistema basato su una rigida separatezza si determina un rapporto di «*trade-off*» tra la situazione di stabilità sistemica ottenuta attraverso una rigida separatezza (ma con minore afflusso di capitale alle banche) e quella ottenuta privilegiando l'afflusso di capitale industriale alle banche a scapito della rigorosa separatezza.

E' vero pure che la scelta non può essere inquadrata in meri termini di una rigida alternativa tra separatezza ed integrazione, ma è necessario individuare un giusto grado di partecipazione reciproca tale da non pregiudicare la stabilità delle banche e da evitare l'insorgere di conflitti di interessi.

La presenza di evidenti conflitti d'interessi non deve, però, indurre ad invocare un ritorno al passato, ossia ad una separazione tra credito e finanza simile a quella vigente nella legge bancaria del 1936. Ritornare alla separazione fra banca e industria significherebbe, infatti, condannare il sistema bancario ad un ruolo marginale, facendo crollare il fulcro di quel sistema di imprese non finanziarie già fortemente indebitato e fragile. Ciò non vuol dire, però, che si debba condannare il sistema economico e finanziario alla convivenza con un pervasivo conflitto d'interessi, in quanto è possibile porre rimedi e vincoli più stringenti ai legami proprietari che possono generare potenziali distorsioni.

Tra l'altro, è da sottolineare che le distorsioni, o meglio i conflitti che emergono, sono per lo più circoscritti al verificarsi di

determinate situazioni<sup>130</sup>. Al riguardo, il caso emblematico si pone allorché un'impresa non finanziaria, che ha acquisito quote proprietarie di una data banca o che ha ceduto quote proprietarie ad una data banca, intrattiene rapporti di debito o altri tipi di obbligazione finanziaria con questa stessa banca<sup>131</sup>.

Ulteriori casi di conflitti d'interessi sono enfatizzati se: a) i gruppi bancari detengono – in via diretta o indiretta – significative quote proprietarie in imprese industriali o acquisiscono quote proprietarie, di debitori in crisi, per evitarne il fallimento; b) le imprese clienti che detengono quote proprietarie della banca.

In questa prospettiva, la banca che « lotta con i concorrenti per appropriarsi degli elevati margini di guadagno connessi al collocamento azionario e al progetto di fusione di una data impresa, ha spesso un oggettivo interesse a rendere più laschi i criteri per l'erogazione di credito a favore di quell'impresa, così da crearsi una posizione di vantaggio nella corsa al *business* più lucrativo; ma tale comportamento distorce l'allocazione dei suoi finanziamenti, penalizzando le migliori imprese – clienti e addossa ingiustificati rischi ai risparmiatori depositanti»<sup>132</sup>. Si aggiunga il caso in cui la banca ha convenienza a sostenere i titoli di un'impresa in difficoltà se con quest'ultima intrattiene rapporti di finanziamento o sta curando la gestione finanziaria; in tal caso, essa è indotta a condizionare le previsioni sull'andamento del titolo elaborate dai suoi analisti.

Il principale strumento di prevenzione di questi abusi, predisposto dal nostro ordinamento, consiste nel porre

---

<sup>130</sup> Cfr. M. Messori, *op. cit.*, p. 58

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 59

<sup>132</sup> *Ivi*, p.57

un'incompatibilità tra la qualifica del soggetto, che anche attraverso società controllate svolge "in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari né finanziari", e la titolarità di una partecipazione di controllo che non può essere superiore al 15% del capitale della banca. Inoltre, è previsto il rilascio di un'autorizzazione preventiva dalla Banca d'Italia per l'assunzione di partecipazione superiore al 5% del capitale della banca.

## **6. La *governance* per una sana e prudente gestione**

Le caratteristiche degli assetti proprietari del sistema bancario italiano – illustrate in modo sintetico - mostrano che si è ben lontani dall'aver raggiunto, in proposito una configurazione efficiente. I legami proprietari e il peso delle fondazioni, infatti, contribuiscono a sottrarre il nostro sistema bancario alla disciplina del mercato.

Vi è, quindi, anche un problema di crescita del grado di contendibilità del mercato bancario dei diritti proprietari e di valutazione dei possibili esiti al fine di scongiurare i c.d. fallimenti del mercato<sup>133</sup>.

Le analisi del rapporto banca-industria condotte lungo le linee di sviluppo trattate finora, non menzionano i problemi di *governance*. Tuttavia, gli studi teorici e le analisi empiriche in tema di assetti proprietari mostrano che la struttura della proprietà delle banche influisce, in modo rilevante, sui loro processi decisionali e sulla loro performance. Pertanto, il problema del rapporto tra la banca e l'industria non può essere

---

<sup>133</sup> Cfr., M.Messori, *op. cit.*, p. 54

esaminato solo considerando l'alternativa tra un astratto modello di banca e il mercato, ma tale rapporto va valutato più concretamente, tenendo presente i diversi possibili assetti proprietari dell'intermediario bancario. Probabilmente, il modello proprietario ideale potrebbe essere rappresentato dalla *public company*. Ma prima di passare all'analisi dei vari modelli è utile rammentare che l'assetto proprietario di una banca può essere esaminato sotto due profili: in relazione alla natura dei soggetti partecipanti (soggetti pubblici o soggetti privati) ed alle modalità di diffusione dell'azionariato<sup>134</sup>.

La natura del soggetto proprietario partecipante al capitale ed il grado di efficienza della banca consentono di distinguere quattro "modelli": a) la banca pubblica; b) la banca "industriale"; c) la banca "indipendente"; d) la *public company*.

*La banca pubblica* trova la sua giustificazione in presenza dei fallimenti del mercato, dovuti per lo più, all'esistenza di esternalità, alla mancanza di informazione e in presenza di economia di scala decrescenti che possono portare alla formazione di monopoli o oligopoli. In linea di principio, l'intervento dello Stato può espletarsi attraverso la *regolamentazione* dell'attività bancaria, oppure mediante l'esercizio diretto dell'attività bancaria (*banca a proprietà pubblica*).

Le banche a proprietà pubblica si dividono, inoltre, in due categorie: banche con obiettivi di rilevanza sociale (ad esempio gli istituti che hanno ad oggetto l'erogazione del credito agevolato ad alcuni settori) e banche a proprietà pubblica con obiettivi di carattere privato. Senza voler trarre conclusioni definitive, per quanto concerne l'efficienza, resta da sottolineare

---

<sup>134</sup> A. Porta, *Governo delle banche e rapporti banca-impresa*, in "Edibank", 1999



che la proprietà pubblica può essere migliore in quanto consente di perseguire in modo più diretto gli obiettivi prefissati; dall'altro si può rivelare inefficiente riguardo all'erogazione di determinati servizi finanziari.

Un problema di natura diversa, ma di particolare rilievo, si pone quando alla proprietà pubblica si associano meccanismi di selezione del management che, anziché far riferimento a parametri meritocratici, si basano su criteri politici. In questi casi l'efficienza della banca, così come la sua capacità di raggiungere un'efficiente allocazione delle risorse finanziarie, possono risultare seriamente compromesse.

I legami proprietari che instaurano il modello di *banca "industriale"*, in presenza di imprenditori non finanziari nel capitale bancario, sono stati oggetto di notevole interesse nel dibattito teorico e sono stati al centro delle attenzioni e delle preoccupazioni delle autorità creditizie in diversi periodi storici.

Sembra chiaro che le inefficienze prima segnalate possono essere superate mediante il modello della *banca "indipendente" o "pura"*, caratterizzato dalla presenza di un "imprenditore finanziario puro", cioè un soggetto economico che impieghi il capitale a sua disposizione nella banca senza svolgere alcuna attività non finanziaria. La sua funzione-obiettivo sarebbe unicamente incentrata sull'attività e sulla redditività della banca. Di conseguenza la *banca "pura"* avrebbe una struttura proprietaria indipendente rispetto ai mutuatari e sarebbe sottoposta alla disciplina del mercato<sup>135</sup>.

In Italia, la presenza di un imprenditore finanziario puro è stata sempre carente. Secondo alcune analisi condotte negli ultimi

---

<sup>135</sup> Cfr., M. Messori, *op. cit.*, p. 55

anni, è proprio l'assenza di questo tipo di imprenditorialità ad aver condotto all'affermazione del modello di proprietà pubblica e della c.d. banca industriale. Entrambi i due modelli sono visti, sul piano economico, come soluzioni di *second best*<sup>136</sup>.

I modelli analizzati finora sono stati distinti in relazione alla natura del soggetto proprietario, ipotizzando implicitamente che il soggetto detenesse il pieno controllo della banca. Tuttavia, non sempre la banca risulta controllata da un unico soggetto, ma in molti casi è organizzata in forma di società per azioni aperta nella quale la proprietà, o meglio il capitale, è diffuso fra un numero molto ampio di soci.

Quando la proprietà è diffusa tra un numero elevato di soci e nessuno di essi riesce ad esercitare il controllo si è in presenza di una *public company bancaria*<sup>137</sup>. In tale modello, si instaura una marcata separazione tra proprietà e management con un'elevata probabilità che gli interessi di quest'ultimo, non siano perfettamente allineati con quelli degli azionisti e, quindi, si creano situazioni potenzialmente conflittuali.

Un management particolarmente avverso al rischio, onde evitare di perdere parte della sua remunerazione o di essere sostituito a seguito di una rischiosità del portafoglio troppo elevata, è indotto ad attuare o selezionare progetti di investimento meno rischiosi, che non permettono di raggiungere la massimizzazione del profitto; obiettivo che invece, risulta prioritario per gli azionisti<sup>138</sup>. In tale situazione il mercato dei

---

<sup>136</sup> Per ulteriori informazioni si veda, A. porta, *Governo delle banche e rapporti banca-industria*, in "Edibank", 1999, par. 2,3

<sup>137</sup> La *public company*, affinché possa esistere ed operare è necessario che siano soddisfatte determinate condizioni e regole nel mercato del controllo proprietario. In particolare il socio che detiene una quota proprietaria modesta può essere estromesso dal controllo, indipendentemente dalla sua volontà, da soggetti terzi ( detti *raider*) che acquistano sul mercato diritti proprietari dispersi.

<sup>138</sup> Cfr., M. Messori, *op. cit.*, p. 56. Cfr., A. Porta, *op. cit.*, par. 2.4

capitali sarebbe chiamato a svolgere la funzione di indirizzo e di controllo sull'attività del *management* mediante la sanzione delle inefficienze gestionali, realizzata attraverso la minaccia credibile della sua sostituzione<sup>139</sup>.

All'estremo opposto della *public company* si colloca il caso del controllo assoluto ( controllo familiare, controllo di sindacato o di colazione, controllo a supervisione finanziaria e cioè soggetti al controllo delle banche, controllo cooperativo, proprietà statale) che viene esercitato mediante il possesso della maggioranza assoluta dei diritti di voto<sup>140</sup>.

In tale modello è meno probabile che si realizzino situazioni di conflitto di interessi tra azionisti e management, mentre si presentano altri tipi di conflitto, in particolare tra azionisti controllanti e azionisti finanziatori, o di minoranza, che puntano all'esercizio corretto del controllo, in modo tale da perseguire anche i loro interessi patrimoniali ed economici.

Il modello di *public company*, individuato come quello vincente all'epoca dei processi di privatizzazione nel settore creditizio non ha dato i risultati programmati. L'avvio della privatizzazione del Credito Italiano nel 1993, infatti, aveva come obiettivo la creazione di una *public company*, statuendo che nessun azionista avrebbe potuto possedere più del 3% del

---

<sup>139</sup> La *public company* è condizionata da due forme di stimolo all'efficienza: una comune a tutte le imprese e riguarda a concorrenza sul mercato dei prodotti e l'altra, che è quella che qui ci interessa, deriva dal mercato del controllo societario. Questo come abbiamo visto svolge la funzione di controllo sull'attività del management, cioè il valore di un'impresa quotata in borsa dipende in ultima istanza dai comportamenti che essa persegue e quindi dall'efficienza con cui è gestita. Ogni volta che il management - che rappresenta solitamente il soggetto che esercita il controllo - adotta strategie inefficienti che non massimizzano il profitto, si crea sul mercato un cuneo tra il valore corrente e il valore potenziale, cioè il valore ipotetico che avrebbe la stessa impresa se fosse gestita da un *management* più efficiente. In tale contesto si genera la situazione che rende la società appetibile ad altri soggetti, diversi dal controllante ( detti *raider*), in quanto risulta conveniente acquistare la società al valore di mercato corrente sostituire il management con uno più efficiente e portare la società al valore potenziale, il tutto mediante una scalata ostile di borsa. La minaccia di una scalata ostile, da parte dei *raider*, dovrebbe indurre i gestori ad attuare politiche efficienti tali da massimizzare il profitto e il valore di mercato dell'impresa e di conseguenza si ridurrebbero anche le situazioni di potenziale conflitto di interesse.

<sup>140</sup> Si rinvia a F. Barca, *imprese in cerca di padrone. Proprietà e controllo nel capitalismo italiano*, 1994

capitale<sup>141</sup>.

Negli anni novanta sono stati attuati profondi mutamenti nella struttura degli assetti proprietari delle banche con una rilevante riduzione della presenza pubblica nella compagine sociale. Non sembra, tuttavia, essersi realizzato il rischio paventato alla fine degli anni ottanta, che al processo di privatizzazione si accompagnasse un forte aumento dei capitali industriali nel governo delle banche. Le forme di controllo introdotte dal Testo Unico sono state di fondamentale importanza nel controllare e limitare l'accesso dell'industria nel capitale bancario. Tuttavia, il sistema italiano sembra ancora essere ben lontano dall'assetto ideale che vede l'imprenditore puro svolgere un ruolo centrale nel governo delle banche. Tra l'altro, la ridefinizione degli assetti proprietari del sistema bancario non ha molte strade alternative da perseguire. Soprattutto, se si è d'accordo sulla necessità di sciogliere i legami proprietari fra banche e imprese industriali e di eliminare lo schermo protettivo assicurato dalle fondazioni di origine bancaria.

Sta di fatto che le ridotte dimensioni dei maggiori gruppi bancari italiani, rispetto a quelli esteri, rendono inevitabile il ricorso ad intermediari finanziari esteri o ad attori economici che sono già impegnati in imprese non finanziarie, per poter fronteggiare la concorrenza europea ed internazionale nel mercato dei servizi di investimento. Sembra chiaro, che se non si vuole perpetuare l'inefficiente schermo protettivo delle fondazioni e non si vuole, nemmeno, subire passivamente la concorrenza europea ed estera è necessario adottare forme di governo societario e di organizzazione più efficienti.

---

<sup>141</sup> Cfr. M. Messori, *op. cit.*, p.56. Cfr. A. Porta, *op. cit.*, 1999

Da non dimenticare, però, che la carenza di alternative nel mercato dei capitali italiani, rende del tutto inutile escludere a priori la partecipazione delle imprese non finanziarie dal ridisegno proprietario delle banche. Ma ciò non significa che si debba condannare il sistema bancario e il sistema delle imprese industriali italiane, alla convivenza con un crescente intreccio proprietario che genera un epidemico conflitto di interessi. La distorsione derivante dal conflitto d'interessi, insito nei legami proprietari troppo stretti, potrebbe essere attenuata o circoscritta mediante forme di autoregolamentazione o regolamentazione degli assetti e competenze degli organi di gestione<sup>142</sup>.

La regole di vigilanza sugli assetti e competenze degli organi di gestione della banca, delineate nelle Istruzioni (*Istruzioni di vigilanza*, Tit. IV, cap. 9, sez. V e cap. 11, sez. II) sono essenzialmente dirette ad assicurare la funzionalità aziendale, la capacità di una corretta valutazione del rischio, la corretta dialettica aziendale, una chiara ed unitaria linea gestionale degli organi amministrativi della banca ed in fine, favorire l'indipendenza degli amministratori nei confronti della proprietà della banca, il tutto finalizzato a garantire una sana e prudente gestione della banca.

Dalle Istruzioni di vigilanza, per quanto concerne l'assetto dei rapporti interni fra gli organi di gestione, emerge con chiarezza la scelta di riservare una serie di attività alla competenza inderogabile del consiglio di amministrazione. Ben evidente è l'obiettivo di posizionare al vertice del sistema il consiglio di amministrazione, con il ruolo di fornire le linee

---

<sup>142</sup> Cfr. C. Brescia Morra, *Gli amministratori di banche nella disciplina di vigilanza*, in "AGE", 1/2004, pp. 101-108

strategiche gestionali e controllare la realizzazione delle stesse<sup>143</sup>. Il consiglio di amministrazione, in conformità a quanto previsto dalle Istruzioni, dovrebbe avere la funzione di elaborare le linee strategiche, ma in realtà, si limita a ratificare le scelte che sono state delegate o affidate all'amministratore delegato o al direttore generale<sup>144</sup>.

Nell'organizzazione interna delle nostre banche è evidente la concentrazione del potere gestionale, in particolare «dell'operatività e dei connessi rischi», in capo ad un unico soggetto di regola, l'amministratore delegato o il presidente operativo. Si forma così, un modello operativo in cui l'amministratore delegato e l'organo di controllo sembrano situarsi al centro della *governance*, anche in quanto interlocutori privilegiati delle autorità creditizie.

Il ruolo svolto dagli organi delegati nella concreta definizione della politica gestionale della banca è riconosciuto dall'ordinamento bancario solo in due punti. Il primo è rappresentato dalle disposizioni in tema di requisiti di professionalità degli esponenti aziendali, che sono differenziati in relazione alla rilevanza del ruolo svolto all'interno degli organi gestionali. Il secondo riguarda la consapevolezza della preminenza degli organi delegati nella definizione di quelle importanti scelte strategiche relative all'acquisizione di partecipazioni di controllo nelle banche.

Dalle Istruzioni di vigilanza si evince, infatti, che l'obbligo di informativa preventiva alla Banca d'Italia dell'intenzione di procedere all'acquisizione di una partecipazione di controllo in

---

<sup>143</sup> Cfr. C. Brescia Morra, *op. cit.*, p. 109

<sup>144</sup> *Ivi*, p. 110.

una banca, ricade sul «soggetto proponente l'acquisizione ovvero [...] colui che è munito dei poteri per proporre al consiglio di amministrazione le operazioni della specie».

Queste due indicazioni, pur dimostrando l'esistenza di un'incoerenza, non modificano il principio delineato nelle altre disposizioni di vigilanza, che attribuisce al C.d.a. il ruolo di vertice gestionale della società.

È evidente, quindi, l'esigenza di un intervento nella disciplina di governo delle banche al fine di eliminare l'incongruenza, tra le realtà operative e quanto espressamente previsto dalle disposizioni di vigilanza. Non è da escludere la possibilità di riconoscere una più ampia delegabilità delle funzioni gestionali che sappia tenere conto della realtà operativa delle banche italiane, sempre tuttavia che si rendano più incisivi e penetranti i controlli del C.d.a. sull'operato degli organi delegati (in coerenza con le rinnovate prescrizioni del Codice civile introdotte con la riforma societaria).

Si aggiunga che le norme vigenti sul consiglio di amministrazione prevedono ampia delegabilità delle competenze gestionali e sottolineano il ruolo del consiglio di amministrazione quale vigilante dell'operato degli organi delegati (cfr. art. 2381 c.c.). In questa prospettiva, la riforma prevede una puntuale disciplina<sup>145</sup> sui rapporti tra C.d.a./assemblea dei soci e tra C.d.a./organi delegati, soprattutto per quanto concerne la tempestiva e corretta informativa, su tutti gli aspetti della gestione da parte degli organi delegati al consiglio di

---

<sup>145</sup> P. Montalenti, *sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. I, Bologna, 2004, 679.

amministrazione<sup>146</sup>.

Sotto il primo profilo, l'art. 2380-bis c.c. dispone, con chiarezza, che «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori». Questa norma va letta congiuntamente al nuovo n. 5 dell'art. 2364 c.c. che non consente più l'attribuzione all'assemblea di competenze gestionali, da parte dello statuto o degli stessi amministratori. Si ammette solo la previsione statutaria di autorizzazioni al compimento di determinate operazioni gestorie da parte degli amministratori che ne conservano la piena responsabilità. In tal modo si è esclusa ogni competenza dell'assemblea in materia di gestione che non sia espressamente attribuita dalla legge.

In riferimento alle banche tale scelta sembra in linea con le esigenze e le indicazioni della disciplina di vigilanza, da sempre dirette ad escludere soci e assemblea da ogni responsabilità gestoria<sup>147</sup>.

Ai sensi dell'art. 2381 c.c., la delega consiliare è concorrente. Ciò significa che il consiglio non è spogliato totalmente dei suoi poteri, ma questi sono attribuiti *anche* agli organi delegati. Il consiglio, infatti, mantiene comunque, una posizione sovraordinata, nonostante il ruolo di fatto preminente che in genere è assunto dagli organi investiti delle deleghe. Questa posizione sovraordinata è confermata, dal potere del consiglio di impartire direttive agli organi delegati e di avocare a se operazioni rientranti nella delega (art. 2381, 3° comma). Si aggiunga, che ai sensi dell'art. 2391, c.c. il consiglio, o il comitato esecutivo, se anch'esso è competente in materia, deve essere

---

<sup>146</sup> Cfr. C. Brescia Morra, *op. cit.*, p.111

<sup>147</sup> Cfr., G. D. Mosco- F. Vella, *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la «governance»?*, in "AGE", p. 144



sempre investito delle operazioni in relazione alle quali sussistano interessi personali di un amministratore delegato. Il consiglio « non solo *può* ma *deve* richiamare a sé la competenza ogni qual volta sussistano situazioni suscettibili di essere fonte di un rischio anomalo per la società»<sup>148</sup>.

Nel complesso, dunque, la riforma attribuisce, al C.d.a. rispetto agli organi delegati, una funzione cruciale di monitoraggio e di amministrazione attiva, esclusiva per le materie non delegabili o non delegate<sup>149</sup>. Nell'organizzazione interna delle banche, invece, questa centralità del C.d.a. non sembra in linea con la concentrazione dei poteri in capo ad un unico amministratore e sembra ormai necessario un adeguamento degli assetti organizzativi tale da attribuire un ruolo più attivo al consiglio di amministrazione, sia nel monitoraggio sia nella gestione anche operativa del rischio di credito<sup>150</sup>. Un passo in tal senso è stato realizzato con il già menzionato D. lgs. n. 37/2004 di coordinamento fra riforma societaria e testo unico bancario. Un profilo di particolare importanza che è stato oggetto di tale coordinamento è quello relativo al requisito di indipendenza degli esponenti aziendali.

L'art. 2387 c.c. in linea con le esigenze di *corporate governance*, sollecita, ma «non obbliga», le società per azioni affinché i loro statuti subordinino «l'assunzione della carica di amministratore al possesso di speciali requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, anche con riferimento ai requisiti al riguardo previsti dai codici di comportamento redatti

---

<sup>148</sup> *Ivi*, p. 145

<sup>149</sup> Per ulteriori informazioni sul ruolo del consiglio di amministrazione si veda anche: Codice di Autodisciplina, redatto "dal Comitato per la Corporate Governance Borsa Italiana S.p.a.", 2006, § 1.c.1.

<sup>150</sup> *Ivi*, pp. 146 - 148. Cfr. C. Brescia Morra, *op. cit.*, pp. 110 - 112

da associazioni di categoria o da società di gestione dei mercati regolamentati»<sup>151</sup>.

L'unica definizione di amministratori indipendenti si rinviene nell'art. 3 del Codice di Autodisciplina redatto dal Comitato per la Corporate Governance delle società quotate, secondo il quale «un numero adeguato di amministratori non esecutivi sono indipendenti<sup>152</sup>, nel senso che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente relazioni tali da condizionare attualmente l'autonomia di giudizio». Il consiglio di amministrazione, inoltre, valuta periodicamente l'indipendenza degli amministratori e comunica l'esito di tale valutazione al mercato<sup>153</sup>. Tale valutazione viene effettuata dal consiglio di amministrazione sulla base di criteri che sono fissati dal medesimo Codice di Autodisciplina art. 3.C.1. il quale statuisce che la valutazione deve essere fatta «avendo riguardo più alla sostanza che alla forma e tenendo presente che un amministratore non appare, di norma, indipendente nelle seguenti ipotesi, da considerarsi come non tassative: a) se direttamente o indirettamente, anche attraverso società controllate, fiduciari o interposta persona, controlla l'emittente o è in grado di esercitare su di esso un'influenza notevole, o partecipa a un patto parasociale attraverso il quale uno o più soggetti possano esercitare il controllo o un'influenza notevole sull'emittente; b)

---

<sup>151</sup> Cfr. V. Santoro, *op. cit.*, p. 8

<sup>152</sup> Il consiglio di amministrazione è composto di amministratori esecutivi ( per tali intendendosi gli amministratori delegati dell'emittenti di una società controllata avente rilevanza strategica, ivi compresi i relativi presidenti quando ad essi vengano attribuite deleghe individuali di gestione o quando essi abbiano uno specifico ruolo nell'elaborazione delle strategie aziendali; gli amministratori che ricoprono funzioni direttive nella società; gli amministratori che fanno parte del comitato esecutivo) e non esecutivi. Quest'ultimi sono per numero, autorevolezza e competenza tali da garantire che il loro giudizio possa avere un peso significativo nell'assunzione delle decisioni consiliari. Per ulteriori approfondimenti si veda, Codice Capuano, *art. 2 composizione del consiglio di amministrazione*, ed. 2006

<sup>153</sup> Cfr. Codice Capuano, *art. 3. Amministratori indipendenti*, 3. P. 2.

se è, o è stato nei precedenti tre esercizi, un esponente di rilievo dell'emittente, di una sua controllata avente rilevanza strategica o di una società sottoposta a comune controllo con l'emittente, ovvero di una società o di un ente che, anche insieme con altri attraverso un patto parasociale, controlla l'emittente o è in grado di esercitare sullo stesso un'influenza notevole; c) se, direttamente o indirettamente (ad esempio attraverso società controllate o delle quali sia esponente di rilievo, ovvero in qualità di partner di uno studio professionale o di una società di consulenza), ha, o ha avuto nell'esercizio precedente, una significativa relazione commerciale, finanziaria o professionale: - con l'emittente, una sua controllata, o con alcuno dei relativi esponenti di rilievo; - con un soggetto che, anche insieme con altri attraverso un patto parasociale, controlla l'emittente, ovvero - trattandosi società o ente - con i relativi esponenti di rilievo; ovvero è o è stato nei precedenti tre esercizi, lavoratore dipendente di uno dei predetti soggetti; d) se riceve, o ha ricevuto nei precedenti tre esercizi, dall'emittente o da una società controllata o controllante una significativa remunerazione aggiuntiva rispetto all'emolumento "fisso" di amministratore non esecutivo dell'emittente, ivi inclusa la partecipazione ai piani di incentivazione legati alla *performance* aziendale, anche a base azionaria; e) se è stato amministratore dell'emittente per più di nove anni negli ultimi dodici anni; f) se riveste la carica di amministratore esecutivo in un'altra società nella quale un amministratore esecutivo dell'emittente abbia un incarico di amministratore; g) se è socio o amministratore di una società o di un'entità appartenente alla rete della società incaricata della revisione contabile dell'emittente; h) se è uno stretto familiare

di una persona che si trovi in una delle situazioni di cui ai precedenti punti»<sup>154</sup>.

E' utile rammentare che l'indipendenza di giudizio è un atteggiamento richiesto a tutti gli amministratori sia esecutivi che non esecutivi, in quanto, l'amministratore che è consapevole di quali sono i suoi diritti e doveri opera sempre – o perlomeno così dovrebbe essere – con indipendenza di giudizio. La presenza di amministratori non esecutivi indipendenti, se si considera che essi non sono coinvolti direttamente nella gestione operativa della società, è di particolare importanza nel fornire un giudizio autonomo e non condizionato sulle proposte di deliberazione. Da non dimenticare inoltre che nell'ambito delle società con azionariato diffuso, non sempre gli interessi degli amministratori esecutivi sono allineati con quelli degli azionisti. Pertanto, la presenza di amministratori indipendenti permette di fornire giudizi sulle deliberazioni che non sono condizionate né dagli interessi degli azionisti, che sono in grado di esercitare un'influenza notevole, né quantomeno da dagli interessi degli amministratori esecutivi.

Nel Codice di Autodisciplina la qualificazione dell'amministratore non esecutivo come indipendente è individuata non sulla base di un giudizio di valore, ma come una situazione di fatto: che consiste nell'assenza di relazioni con l'emittente o con soggetti ad esso legati tali da condizionare attualmente «l'autonomia di giudizio ed il libero apprezzamento dell'operato del *management*».

I requisiti di indipendenza che dovranno caratterizzare gli amministratori di banche dovranno prendere come modello

---

<sup>154</sup> *Ivi*, art. 3. C.1.

quanto previsto dal summenzionato art. 3 del Codice di autodisciplina, tenendo presente, però, che nell'ambito del settore creditizio e finanziario tale requisito, come previsto per quelli di professionalità ed onorabilità, non sarà rimesso ad una scelta statutaria, ma è obbligatorio.

In conclusione, la possibilità per le banche di adottare sistemi di *governance* alternativi presenta rilevanti problemi sotto il profilo della incompatibilità con i criteri di sana e prudente gestione della banche, profili che le recenti norme di coordinamento - tra diritto comune e ordinamento del credito - non hanno del tutto superato.

In ogni caso le innovazioni apportate al TUB dal D. lgs. n. 37/2004 hanno portato alla formazione, di un «doppio binario per la *governance*»: da un lato la disciplina di vigilanza prudenziale, che impone un recupero della disciplina speciale e una contemporanea riduzione degli spazi di autonomia, dall'altro la riforma societaria, che influenza la disciplina di vigilanza intimando le banche ad utilizzare « in modo innovativo ma responsabile gli spazi di autonomia statutaria per determinare il loro modello organizzativo»<sup>155</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. G. D. Mosco-F. Vella, *op. cit.*, pp. 150 - 151

## CAPITOLO IV

### Le obbligazioni degli esponenti bancari ed il conflitto d'interessi nell'attività bancaria

#### 1. Le obbligazioni degli esponenti bancari e la concessione di credito in favore di azionisti ed esponenti bancari

La fattispecie del conflitto d'interessi regolata dal codice civile<sup>156</sup>, con riferimento alla generalità delle società (analizzata nel capitolo precedente), è oggetto di una particolare disciplina nella legislazione speciale in materia bancaria. Quest'ultima disciplina, come verrà evidenziato nel prosieguo del capitolo, impone particolari limitazioni alla possibilità che si instaurino rapporti «di impresa» fra le banche e coloro che detengono nella stessa poteri di gestione e di controllo.<sup>157</sup>

Il TUB detta il principio per il quale le banche devono essere amministrate secondo la regola della «sana e prudente gestione». Clausola generale di valenza pubblicistica che, da un lato, informa l'attività di vigilanza e, dall'altro, esplicita un criterio guida cui debbono ispirarsi i comportamenti imprenditoriali della banca, che devono improntarsi a criteri di ragionevolezza e a regole di buona amministrazione e di buona gestione bancaria. In altri termini, gli amministratori devono garantire una gestione diligente, regolare, corretta e disinteressata della società bancaria<sup>158</sup>. Pertanto, se si affronta il tema delle

---

<sup>156</sup> M. Ventrone, sub. art. 2391, in *Amministratori*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario*, diretto da P. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, p. 428.

<sup>157</sup> Cfr., R. Costi, *op. cit.*, p. 591, ss.

<sup>158</sup> Cfr., B. Quatraro, *Funzioni doveri e responsabilità civile degli amministratori e sindaci delle banche*, in F. Riolo e D. Masciandaro, (a cura di) *Il governo delle banche in Italia*, 1999, p. 449, ss.

obbligazioni degli esponenti bancari ed i conflitti d'interessi nella gestione bancaria si intuisce, che le obbligazioni degli amministratori non sono di "risultato" ma di "comportamento", o meglio, si ribadisce quel particolare comportamento consistente nella gestione diligente, corretta, regolare e disinteressata dell'impresa. Quest'ultima, riguarda proprio le operazioni compiute dall'amministratore in *assenza* di conflitto d'interesse con la società che amministra.

Al fine di evitare che siano commessi abusi in occasione del compimento di operazioni *interessate*, gli ordinamenti possono ricorrere ad una pluralità di tecniche di prevenzione: divieto di compiere operazioni in conflitto d'interessi in quanto tali (quindi a prescindere dal loro carattere dannoso per l'interesse sociale); incompatibilità; imposizione di procedure decisionali per il compimento delle operazioni in questione; imposizione di specifici obblighi di informare il pubblico sulle operazioni in conflitto d'interessi, compiute o da compiersi. Da notare, inoltre, che con gli strumenti predisposti dall'ordinamento per prevenire gli abusi commessi mediante il compimento di operazioni in conflitto d'interessi, si proteggono allo stesso tempo, sia gli interessi dei creditori della banca sia quelli degli azionisti di minoranza della stessa<sup>159</sup>.

Da premettere che in passato alcune operazioni ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 136 TUB – contenente le regole procedurali in materia di operazioni in conflitto d'interesse - non configuravano anche le fattispecie rilevanti ai sensi dell'art. 2391 c.c., così come ove interpretato dalla giurisprudenza

---

<sup>159</sup> Cfr., L. Enriques, *Il conflitto d'interessi nella gestione delle banche*, in F. Riolo e D. Masciandaro, (a cura di) *Il governo delle banche in Italia*, 1999, p. 338

prevalente. Sembra pacifico che ogni operazione che ricade nella sfera di operatività dell'art. 136 TUB sia anche operazione interessata ai sensi dell'art. 2391 c.c.<sup>160</sup>

Il conflitto d'interessi era in origine regolato dall'art. 38 della Legge bancaria del 1936, avendo ad oggetto le operazioni poste in essere dall'esponente bancario con la banca di appartenenza<sup>161</sup>. In sostanza l'art. 136 TUB riproduce quanto già disciplinato dalla vecchia disposizione, seppur con le modifiche apportate dall'art. 8, comma 2 della legge 262 del 2005, c.d. « *legge sul risparmio* », che ha inserito nell'art. 136, il comma 2-*bis*.

L'art. 8 della legge sul risparmio rubricato « *concessione di credito in favore di azionisti e obbligazionisti degli esponenti bancari* » interviene sulle relazioni d'affari che una banca può porre in essere con alcuni suoi particolari clienti: gli azionisti rilevanti (o che comunque la controllano), gli amministratori e i sindaci, al fine di disciplinare il conflitto di interessi che la concessione di credito ai soci (soprattutto non finanziari) e agli esponenti bancari può prospettare per l'impresa bancaria.

Il conflitto di interessi generato dalla concessione di finanziamenti agli azionisti e a coloro che amministrano e controllano l'impresa bancaria, si inserisce in un contesto più ampio, che attiene non solo alle relazioni professionali, ma

---

<sup>160</sup> Cfr., L. Enriques, *La disciplina del conflitto d'interessi degli amministratori di S.p.a.: novità e raccordo con le disposizioni in tema di obbligazioni degli esponenti aziendali di banche*, in "Diritto della Banca e del Mercato Finanziario", 2004, p. 423

<sup>161</sup> Ai sensi dell'art. 38 l. banc. non era consentito agli amministratori, liquidatori, direttori e membri degli organi di sorveglianza delle aziende di credito di contrarre obbligazioni di qualsiasi natura e di compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con l'azienda che amministrano, dirigono o sorvegliano, se non nel rispetto delle particolari formalità previste dalla norma stessa consistenti nella deliberazione unanime del consiglio di amministrazione e nel voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, inoltre tale norma conteneva una disciplina meno rigorosa di quella prevista dall'art. 2624 (attualmente abrogato dal d.lgs n. 61/2002 ) che prevedeva un divieto assoluto per gli esponenti aziendali di contrarre prestiti con la società da essi gestita o controllata o con una società controllante la stessa o da essa controllata e di ottenere garanzie per debiti propri da una di tale società: ai soggetti indicati dalla norma era pertanto preclusa la possibilità di compiere le menzionate operazioni, si veda A. Cassella, *Il conflitto di interessi nell'attività bancaria*, in "Banca Borsa e Titoli di Credito", I, 1996, p. 792



soprattutto a quelle che si instaurano tra le banche e le imprese industriali<sup>162</sup>.

Innanzitutto, il timore che un socio importante di una banca possa condizionare - in ragione dell'autorevolezza che la partecipazione azionaria gli conferisce - l'autonomia decisionale degli esponenti bancari nella concessione di credito nei suoi confronti è particolarmente elevato, soprattutto nell'ambito di un perverso intreccio proprietario di interessi tra banche e imprese, generando inevitabilmente una situazione diffusa di conflitti di interessi.

Intrecci di interessi fra proprietà ed attività, il rapporto banca-industria e le relazioni commerciali fra banche e propri soci sono, infatti, tra i punti nevralgici della disciplina delle banche, ma sono anche i temi ricorrenti nelle crisi finanziarie italiane, a partire dalla Banca Italiana di Sconto, alla Banca Privata di Sindona, al Banco Ambrosiano, alla Bipop di Sonzogni ed in fine alla Banca popolare di Lodi. In tutte queste vicende vi è sempre una costante: quella di azionisti rilevanti che potevano contare su relazioni finanziarie privilegiate, determinando una cattiva gestione della banca ed un pregiudizio della sua economicità<sup>163</sup>.

Gli scandali finanziari dell'ultimo decennio hanno modificato il panorama finanziario italiano, inducendo il legislatore a cercare di limitare le commistioni di interesse fra la gestione operativa della banca e le posizioni personali dei suoi esponenti e soci di rilievo.

La fattispecie di conflitto di interessi di cui si occupa l'art. 8 della legge a tutela del risparmio trova nel nostro ordinamento

---

<sup>162</sup> M. Musolino, *Concessione di credito in favore di azionisti ed esponenti e obbligazioni delle banche*, in "il Sole24ore", 11/2006

<sup>163</sup> Cfr., M. Cera, *Le banche e i loro azionisti nella nuova legge per la tutela del risparmio*, in "AGE", 1/2006, p. 65

bancario una puntuale trattazione parallela nell'art. 53, comma 4, e nell'art. 136 del Tub (D.Lgs. n. 385/1993 - Tub); norme che la legge a tutela del risparmio modifica, solo in alcuni punti.

In estrema sintesi, con l'art. 8 della legge 262/2005 il legislatore ha disposto, da un lato, che una banca possa assumere nel rispetto di particolari condizioni, posizioni di rischio sia verso gli azionisti, che detengono una partecipazione rilevante nel suo capitale o nella società capogruppo, che nei confronti di altri soggetti, che la legge definisce "parti correlate" alla banca o alla sua controllante (l'estensione dei limiti a soggetti ulteriori rispetto ai soci qualificati, che il legislatore provvede a individuare nel dettaglio, costituisce invece una novità importante per il nostro ordinamento bancario).

Dall'altro, il legislatore ha esteso la procedura utilizzata per concedere finanziamenti e concludere atti di compravendita con gli amministratori e i sindaci anche ai rapporti contrattuali con le società controllate dagli esponenti bancari e con gli altri "soggetti collegati" agli esponenti della banca o della sua controllante, come precisati in dettaglio dalla stessa legge.

Come verrà chiarito nel prosieguo della trattazione, il legislatore ha esteso l'ambito di applicazione della norma con l'obiettivo di *«prevenire l'elusione delle norme attraverso l'interposizione di persone giuridiche»*<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *Una «chirurgia» legislativa invasiva: la riforma dell'art. 136 del Testo Unico Bancario*, in "AGE", 1/2006, p. 78.

## 2. L'art. 136 T.U.B.: l'ambito "soggettivo" di applicazione

Delimitando l'ambito «soggettivo» di applicazione dell'art. 136, T.U.B. vengono individuati i soggetti per i quali vige il divieto di contrarre obbligazioni con la banca che amministra. La norma, infatti, prevede che «chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura o compiere atti di compravendita, direttamente o indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla,».

Al fine di comprendere con chiarezza il perimetro di applicazione della norma – su cui ha inciso in particolar modo la nuova normativa - occorre stabilire per quali soggetti vige questo divieto ed, in particolare, che cosa significhi l'espressione «direttamente o indirettamente» e che cosa si intenda per «obbligazioni di qualsiasi natura» e «atti di compravendita». Prima di passare all'analisi di questi due aspetti è necessario individuare le "parti", o soggetti, degli atti per i quali è pacifico che viga il divieto sancito dall'art. 136 TUB<sup>165</sup>.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è stato storicamente individuato dal legislatore mediante il ricorso ad un criterio funzionale. Non vi è dubbio che il riferimento a chi svolge «*funzioni di amministrazione direzione e controllo*» (o semplicemente *funzioni rilevanti*) è espressione idonea a ricomprendere tutti i soggetti cui si riferiva la precedente disciplina e ad eliminare i

---

<sup>165</sup> Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *Una «chirurgia» legislativa invasiva: la riforma dell'art. 136 del Testo Unico Bancario*, in "AGE", 1/2006, p. 79. Anche, A. Pisani Massamormile, *sub art. 136, Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2001.

dubbi che emergevano al verificarsi di situazioni operative inusuali<sup>166</sup>.

Pertanto, il riferimento a chi svolge «*funzioni rilevanti*» è stato ritenuto idoneo a comprendere:

a) *gli amministratori*; e in considerazione della scelta definitoria che è stata indicata dal legislatore, l'applicazione della norma viene estesa anche *all'amministratore di fatto* o di chi svolge di fatto le funzioni di direttore (poiché il soggetto, pur se non formalmente nominato, svolge di fatto delle funzioni alle quali la legge ricollega un divieto ed una sanzione, oltre a configurare una situazione di pericolo presunto che caratterizza secondo l'opinione prevalente il reato della norma in esame)<sup>167</sup>;

b) *i sindaci*; le Istruzioni della Banca d'Italia precisano che in un'ottica di cautela, si ritiene opportuno che la procedura trovi applicazione anche nei confronti dei *sindaci supplenti*<sup>168</sup>;

c) *i direttori generali*; le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia precisano, anche in questo caso, "che la norma in questione intenda per soggetto che svolge funzioni di direzione il solo capo dell'esecutivo e non anche gli altri dirigenti, pur se dotati di poteri in materia di erogazione del credito. La previsione ricomprende il vice direttore generale solo nel caso in cui svolga la funzione di capo dell'esecutivo, nell'ipotesi in cui la carica di direttore generale sia vacante. Restano esclusi i preposti a succursali di banche estere";

d) *i commissari straordinari, i membri del comitato di sorveglianza e i commissari liquidatori*<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> Per eventuali approfondimenti per quanto concerne i casi in cui era dubbio se vigeva il divieto dell'art. 38 l. banc. si veda, F. Bonelli, *Amministratori di banche e conflitto di interessi*, in "Giur. comm.", 1989, I, pp. 918 – 924.

<sup>167</sup> Cfr., sul punto A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1052; Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 80.

<sup>168</sup> Cfr., Istruzioni di vigilanza, Tit. II, Cap. 3, sez., II, Par. 1.

<sup>169</sup> si tratta di A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1052.

Il secondo comma dell'art. 136 recita: «*le medesime disposizioni si applicano anche a chi svolge funzioni di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e per gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo*».

Individuati i soggetti dell'operazione in relazione alla *funzione rilevante* svolta presso una banca o una società facente parte di un gruppo bancario (1° e 2° comma), occorre individuare la controparte dell'operazione che può essere: la *banca stessa* dove il soggetto svolge le funzioni rilevanti (1° comma) oppure, una banca appartenente al gruppo quando il soggetto svolge presso quest'ultima una funzione rilevante e (in relazione alla *natura* di tali atti) pone in essere obbligazioni di qualsiasi natura o atti di compravendita, previsti dal primo comma (2° comma, prima parte); controparte può essere anche *un'altra società o banca del gruppo* presso le quali il soggetto parte *non* svolga funzioni rilevanti (logicamente tali funzioni sono svolte presso altra banca o società del gruppo) e ponga in essere *operazioni di finanziamento*, (2° comma, seconda parte)<sup>170</sup>.

### **3. L'ambito "oggettivo" di applicazione**

Il profilo oggettivo di applicazione dell'art. 136 TUB riguarda le «*obbligazioni di qualsiasi natura*» e gli «*atti di*

---

<sup>170</sup> Cfr., P. Ferro – Luzzi, *Le: "obbligazioni degli esponenti aziendali"; l'art. 136, comma 2-bis T.U.B.; il doppio esercizio delle "funzioni rilevanti"*, in Banca borsa tit cred., 2006, I, p. 470. Cfr., Istruzioni di vigilanza, Tit. II, Cap. 3, sez., II, Par. 2

*compravendita*». La norma si riferisce a quelle operazioni che non possono essere compiute dai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo. Tali previsioni erano già contenute nella precedente formulazione dell'art. 38 l. banc., benché si presentassero molto generiche.

L'obiettivo del legislatore era e resta quello di far rientrare nell'ambito di applicazione della norma una vasta gamma di operazioni. In questa prospettiva sono da ritenersi colpite dal divieto non solo le operazioni in cui il soggetto diventi debitore, anche potenziale, della banca, senza che in proposito possa rilevare l'esistenza e la «forza» di eventuali garanzie, ma anche le operazioni in virtù delle quali il soggetto diventi creditore della banca, magari per un semplice rapporto di deposito e le operazioni nelle quali è astrattamente configurabile un qualunque tipo di rischio per la banca<sup>171</sup>. Gli orientamenti della giurisprudenza, seppure scarsi e risalenti, fanno rientrare nel precetto le aperture di credito (senza che rilevi l'utilizzazione o meno della somma), gli affidamenti bancari in genere diretti o indiretti ( Trib. Bolzano, 27/6/1977), e le ipotesi in cui sorgano obbligazioni anche a carico di una sola delle parti<sup>172</sup>. In altri termini, si realizza il contrarre obbligazione « anche quando uno dei soggetti detti fa sorgere o contribuisce a far sorgere (in ipotesi di atti collegiali) in capo all'azienda che amministra o controlla una obbligazione che veda come soggetto titolare della pretesa l'amministratore, il liquidatore, il direttore od il sindaco. Si contrae, quindi, obbligazione agli effetti della norma che si sta

---

<sup>171</sup> Cfr., A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1053. G. La Villa, *Art. 38 della legge bancaria contratte "indirettamente"*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 659

<sup>172</sup> Pretura Penale Milano, 12 agosto 1976, - Di Palma Pretore – Imp. Sindona, M., Spada, M., Manuelli, F. Mac Caffery J.H., Marcantonio, A. (avv.ti Sordillo Strina, Mazzola, Isolabella, Crespi), «Agli effetti dell'art. 38 legge bancaria si contrae obbligazione non solo quando dal rapporto giuridico sorgono obbligazioni per entrambi i soggetti ma anche quando l'obbligazione in ipotesi sia da un solo lato», Cfr., G. La Villa, *op. ult. cit.*, pp. 640, ss.

esaminando (allora art. 38, legge bancaria), non solo quando dal rapporto giuridico sorgono obbligazioni per entrambi i soggetti ma anche quando l'obbligazione in ipotesi sia da un lato solo»<sup>173</sup>.

La lettura proposta «appare l'unica coerente sia con la lettera della norma, sia con la natura di reato di pericolo presunto della fattispecie criminosa ivi ipotizzata, sia con l'intento del legislatore storico»<sup>174</sup>.

Al contrario una interpretazione più restrittiva ritiene che l'espressione «contrarre obbligazioni di qualsiasi natura» non stia ad indicare qualsivoglia rapporto giuridico, ma si riferisca solo a quelle obbligazioni che espongono la banca ad un *rischio di credito*; rischio derivante dalla posizione debitrice assunta dall'esponente (l'ipotesi tipica è il mutuo).

In sostanza, la distinzione tra operazioni vietate e non vietate si fonda, sulla presenza o meno, dell'elemento del rischio che potrebbe ledere la consistenza patrimoniale dell'ente. Di conseguenza in presenza di operazioni che non comportano alcun pericolo di danno patrimoniale non si vede il motivo per cui vietare tale operazione<sup>175</sup>.

Anche altri autori si allineano con quest'ultima interpretazione<sup>176</sup>, optando per un restringimento dell'ambito di applicazione dell'art. 136 TUB ai soli casi in cui l'esponente bancario diventi debitore della banca, assumendo l'obbligo dell'adempimento dell'obbligazione, con la conseguente creazione di un rischio per la banca stessa in caso di suo inadempimento. Interpretazione quest'ultima che appare

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 659- 660

<sup>174</sup> Cfr., A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1053

<sup>175</sup> Cfr., P. Ferro – Luzzi, *op. cit.*, p. 472. Cfr., A. Cassella, *Il conflitto di interessi nell'attività bancaria*, in "Banca Borsa e Titoli di Credito", 1996, I, p. 800

<sup>176</sup> Gli autori che si allineano con quest'ultima interpretazione sono: L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 82

senz'altro più restrittiva e convincente, posto che, oltre a consentire un maggiore rispetto del tenore letterale del norma e ad evitare eccessivi vincoli operativi, sembra più coerente con la genesi stessa della norma, (derivata non si dimentichi dall'art. 6, della legge 4 giugno 1931, n. 660: al pari dell'art. 2624, c.c. dove si parla di «prestiti sotto qualsiasi forma»)<sup>177</sup>.

In questa prospettiva si pone anche la Banca d'Italia la quale, nelle *Istruzioni di vigilanza* per le banche, afferma che «l'art. 136 TUB si applica ai rapporti contrattuali e, quindi, oltre agli atti di compravendita, alle obbligazioni degli esponenti aziendali "di qualsiasi natura", finanziarie e non finanziarie, nei quali assume rilevanza la qualità soggettiva della controparte e sussiste, anche solo in astratto, la possibilità di conflitto con l'interesse della banca che la norma intende evitare»<sup>178</sup>.

La Banca d'Italia esclude, inoltre, dal novero delle operazioni vietate « i servizi che non comportano erogazioni di credito, ivi comprese le operazioni di raccolta del risparmio (quali la sottoscrizione di obbligazioni, certificati di deposito, buoni fruttiferi; le operazioni di pronti contro termine; l'apertura di depositi anche in forma di conto corrente di corrispondenza), resi agli esponenti aziendali a condizioni standardizzate in uso per la clientela o per i dipendenti». Ad esse vanno aggiunte le «obbligazioni connesse ad operazioni di compravendita di valuta e valori mobiliari negoziati nei mercati regolamentati»<sup>179</sup>, - dalle banche e dalle società di intermediazione mobiliare facenti parte di un gruppo bancario - «regolate alle condizioni standardizzate effettuate alla clientela e ai dipendenti purché sia anticipato il

---

<sup>177</sup> *Ivi*, p. 83

<sup>178</sup> Istruzioni di vigilanza, Tit. II, cap. 3, sez. II, par. 3

<sup>179</sup> Istruzioni di vigilanza, Tit. II, cap. 3, sez. II, par. 3



prezzo in caso di acquisto o siano preventivamente consegnati i titoli in caso di vendita»<sup>180</sup>.

Tuttavia, la Banca d'Italia ritiene l'art. 136 TUB applicabile agli «incarichi professionali», alle obbligazioni a scadenza indeterminata ovvero nelle ipotesi in cui siano mutate le condizioni dell'operazione (tassi, valute, spese, commissioni, ecc.) anche nei seguenti casi: finanziamento accordato ad un soggetto prima che lo stesso diventasse esponente della banca, oppure, obbligazioni assunte da esponenti di una società bancaria e non, nei confronti di altra società o banca facente parte del gruppo bancario, nel caso in cui la società estranea al gruppo entri successivamente a far parte del medesimo gruppo<sup>181</sup>.

#### **4. Il divieto di contrarre obbligazioni «direttamente» o «indirettamente»**

Il primo comma dell'art. 136 TUB precisa che l'esponente bancario non può contrarre obbligazioni o compiere atti di compravendita in cui sia «direttamente» o «indirettamente» controparte della banca, poiché in entrambi i casi vi è il rischio che la persona interessata faccia prevalere il proprio personale interesse su quello dell'ente. Per comprendere, dunque, in quali situazioni gli esponenti bancari siano tenuti a seguire la procedura prevista dall'articolo in questione, è necessario che si chiarisca il significato degli avverbi «direttamente o indirettamente» che tanto nel primo comma quanto nel secondo

---

<sup>180</sup> Istruzioni di vigilanza, Tit. II, cap. 3, sez. II, par. 3

<sup>181</sup> Istruzioni di Vigilanza, Tit. II, Cap. 3, Sez. II, par. 3

comma della disposizione incidono sul suo effettivo ambito di applicazione.

Non presenta particolari problemi l'individuazione dell'obbligazione realizzata «direttamente». Infatti, oltre al caso scontato in cui l'esponente sia personalmente controparte della banca cui è preposto, si ha assunzione di obbligazione diretta in tutti quei casi in cui vi sia un rapporto tra soggetto obbligato o contraente e uno o più esponenti aziendali, per cui questo o questi ultimi siano tenuti a rispondere personalmente ed illimitatamente delle obbligazioni del primo<sup>182</sup>.

Da premettere, invece, che in relazione al significato dell'avverbio «indirettamente» si sono date contrastanti interpretazioni

Con tale avverbio si farebbe riferimento a tutte quelle operazioni realizzate mediante interposizione fittizia e reale di persona, quindi, sia le ipotesi in cui gli effetti del negozio vietato siano destinati a ricadere immediatamente nella sfera giuridica del contraente dissimulato, sia le ipotesi in cui, vertendosi in fattispecie di atto stipulato per conto altrui (mandato senza rappresentanza) o stipulato con vincolo fiduciario, si appalesi la necessita di un successivo negozio di ritrasferimento<sup>183</sup>.

In altri termini, nell'interposizione fittizia si realizza una simulazione soggettiva, in quanto l'obbligazione nei confronti della banca è assunta da un soggetto diverso dall'esponente bancario, apparentemente in nome e per conto proprio, ma che in realtà è un semplice prestanome, mentre il vero interessato o *dominus* è l'esponente aziendale. Nell'interposizione reale, invece,

---

<sup>182</sup> Cfr., F. Bonelli, *op. cit.*, p. 916

<sup>183</sup> Cfr., A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1055. Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 85

l'obbligazione è assunta da un soggetto legato all'esponente aziendale da un rapporto fiduciario o da un mandato senza rappresentanza, il quale contrae realmente l'obbligazione in nome proprio, ma agisce per conto e nell'interesse dell'esponente bancario, essendo solo lo strumento o la società di comodo di cui si serve l'esponente per non risultare come controparte dell'ente cui è preposto. In questo caso, a differenza del primo, il soggetto interposto assume l'obbligazione in nome proprio ma per conto e nell'interesse dell'esponente bancario al quale ha l'obbligo di trasferire la situazione giuridica acquisita in qualsiasi momento ne sia richiesto il trasferimento dall'esponente<sup>184</sup>.

In entrambe le ipotesi beneficiario delle operazioni è sempre l'esponente bancario, quindi, l'interposizione è solo uno strumento per deviare gli effetti del negozio.

Gli aspetti che hanno suscitato dubbi rilevanti, già nel vigore della legislazione precedente, riguardano i casi in cui i soggetti del negozio siano la banca e una società della quale l'esponente della banca detenga azioni o quote ed infine la diversa fattispecie di mera coincidenza delle cariche, quando il soggetto ricopra, contemporaneamente, una carica sociale nell'azienda di credito e nella società affidata. Per quanto concerne proprio quest'ultima ipotesi, nel vigore del previgente testo, si riteneva non applicabile l'art. 38 l. banc., quando non ricorresse partecipazione alcuna nel capitale della società affidata<sup>185</sup>. In sostanza, si richiedeva un profitto «personale» dell'amministratore della banca, il che certo non poteva verificarsi se quest'ultimo ricopriva la sola carica di amministratore (e non

---

<sup>184</sup> Cfr., F. Bonelli, *op. cit.*, p. 917. Cfr., A. Cassella, *op. cit.*, p. 806

<sup>185</sup> Cfr., G. La Villa, *op. cit.*, p. 661

anche di azionista ) della società affidata<sup>186</sup>.

Tuttavia, la tesi secondo cui la legge avrebbe inteso far riferimento anche alle fattispecie della mera coincidenza di cariche nell'organo amministrativo (o di controllo) della banca e della società che contragga obbligazioni con la prima, trova oggi un'inequivocabile conferma nella formulazione del comma 2-bis, introdotto dalla legge sul risparmio, il quale precisa che per l'applicazione dei commi 1° e 2° dell'art. 136, TUB, «*rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società [...] presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo*»<sup>187</sup>.

L'altro punto del vecchio art. 38 l. banc. che aveva suscitato dispute interpretative riguardava l'applicabilità dell'art. 38 all'ipotesi in cui l'amministratore della banca deteneva azioni o quote della società affidata<sup>188</sup>. La giurisprudenza sosteneva «*che si abbia assunzione di obbligazione indiretta tutte le volte in cui il contraente (persona fisica o giuridica) sia lo schermo, lo strumento che nasconde un interesse reale dell'amministratore bancario, ciò che si verifica anche quando questi è detentore del pacchetto di maggioranza della società contraente, o, comunque, titolare di una rilevante quota di partecipazione*» (Pretura Penale di Milano, 12 agosto 1976)<sup>189</sup>.

Il dubbio interpretativo è stato risolto dalle Istruzioni di vigilanza relative all'art. 36 D. lgs. 481/1992 che faceva rientrare nella previsione normativa delle obbligazioni contratte da società, la fattispecie del controllo della società affidata da parte dell'esponente bancario. L'opzione poggiava sulla premessa che la posizione di controllo acquisita dall'esponente bancario sulla

---

<sup>186</sup> Cfr., F. Bonelli, *op. cit.*, p. 919

<sup>187</sup> Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 82. Anche, P. Ferro – Luzzi, *op. cit.*, p. 473; Cfr., Assonime, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: il commento dell'Assonime*, circolare n. 12/2006, in "Rivista delle Società", 2006, p. 474

<sup>188</sup> Cfr., F. Bonelli, *op. cit.*, pp. 920 - 923

<sup>189</sup> Cfr., G. La villa, *op. cit.*, p. 640.

società affidata gli consentiva di esercitare un'influenza sull'operato di tale società in modo tale da poterla utilizzare come paravento (o schermo) per perseguire la soddisfazione dell'interesse personale dell'amministratore<sup>190</sup>.

La nozione di controllo, richiamata dalle precedenti Istruzioni di vigilanza, era quella contenuta nell'art. 27 della legge *antitrust*. Le *Istruzioni di vigilanza* aggiornate al 21 marzo 2007, invece, prendono in considerazione la nozione di controllo contenuta nell'art. 23 del TUB che appare la più coerente con le esigenze della disciplina bancaria e che riproduce la scissione concettuale tra una situazione di controllo potenziale ed una di controllo effettivo.

In sostanza, l'applicazione dell'art. 136 TUB si giustificherà tutte le volte in cui l'esponente bancario effettivamente eserciti, sulla società che contrae con la banca, un'influenza dominante nei modi ed alle condizioni dell'art. 23 TUB, abbia o non abbia una partecipazione al capitale di essa.

Infine, le Istruzioni di vigilanza identificano la nozione di obbligazione indiretta in una «fattispecie in cui il rapporto obbligatorio, pur se formalmente riferito ad un soggetto - persona fisica (ad es. coniuge o altro familiare dell'esponente) o giuridica - diverso dall'esponente aziendale, viene di fatto ad instaurarsi in capo a quest'ultimo.

Spetta al consiglio di amministrazione, cui l'interessato deve comunicare la propria particolare situazione, fornendo tutti i chiarimenti necessari, valutare se nell'operazione prospettata ricorra o meno l'ipotesi di una obbligazione indiretta

---

<sup>190</sup> Cfr., A. Cassella, *op. cit.*, p. 807

dell'esponente medesimo<sup>191</sup>.

## **5. Il comma 2-bis dell'art. 136 T.U.B. e l'estensione dell'ambito di applicazione**

L'art. 8, comma 2°, legge n. 262/2005 ha integrato il testo dell'art. 136 aggiungendovi il comma 2-bis che prevede: «*Per l'applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con società controllate dai soggetti di cui ai medesimi commi o presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano*». L'art. 8 della legge sul risparmio continua con le parole «*o sono ad esse collegate*», che sono state sostituite dal del Decreto Legislativo 29 dicembre 2006, n. 303<sup>192</sup>, con le seguenti: «*Il presente comma non si applica alle obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per le operazioni sul mercato interbancario*».

Il nuovo comma 2-bis estende l'ambito di applicazione dell'art. 136 TUB anche alle "obbligazioni intercorrenti": a) con società controllate dai soggetti che svolgono le "funzioni rilevanti", vale a dire gli stessi soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso una banca o società di un gruppo bancario, previsti al 1° e 2° comma; b) con società presso quali i medesimi soggetti svolgono le stesse funzioni

---

<sup>191</sup> Cfr., Istruzioni di vigilanza, Tit. II, Cap. 3, Sez. II, Par. 4

<sup>192</sup> D.lgs. n.303/2007 di "Coordinamento con la legge 28 dicembre 2005, n. 262, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (T.U.F.)", pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 7 del 10 gennaio 2007 - Suppl. Ordinario n. 5

rilevanti citate nel 1° e 2° comma, che qualificano il soggetto “parte” dell’operazione; c) con le società da queste controllate o che le controllano<sup>193</sup>.

Come è agevole intuire, l’intenzione del legislatore è stata quella di ridurre l’ambito di applicazione della norma, che era stata estesa dal comma 2-*bis*. Il legislatore infatti, si è accorto «dell’eccessiva ampiezza del perimetro delle società possibili parti di una operazione da sottoporre alla speciale procedura» e «del fatto che la speciale procedura è incompatibile con i tempi di particolari operazioni, quelle sul mercato interbancario»<sup>194</sup>.

Si osservi che, nell’intenzione del legislatore, «l’estensione alle società – in corrispondenza con l’intervento operato sul comma 4 dell’art. 53 – tende a prevenire l’elusione delle norme attraverso l’interposizione di persone giuridiche»<sup>195</sup>.

A dire il vero, la norma non è di facile comprensione e non è nemmeno semplice fissare in poche battute le linee fondamentali e gli aspetti innovativi. Tuttavia è possibile sintetizzare che l’art. 136 TUB disciplina i rapporti di varia natura (finanziamenti, obbligazioni, compravendite) *intercorrenti* tra soggetti appartenenti a due distinti gruppi: nel primo vengono inserite le banche o altre società, anche bancarie, facenti parte di un gruppo; nel secondo sono collocati gli esponenti aziendali di queste ultime ovvero le società da essi controllate o delle quali essi siano esponenti aziendali, oppure, società legate da un rapporto di controllo con tali ultime società.

Dato inconfutabile è che l’introduzione del comma 2-*bis* ha

---

<sup>193</sup> Cfr., P. Ferro – Luzzi, *op. cit.*, p. 475. Cfr., M. Lembo, *L’art. 136 del t.u.b. nella versione integrata dalla cosiddetta legge sul risparmio. Prime e brave riflessioni*, in “Diritto della Banca e del Mercato Finanziario”, 2006, p. 458

<sup>194</sup> Cfr., P. Ferro – Luzzi, *L’art. 136, comma 2-bis, del testo unico bancario*, in *La legge per la tutela del risparmio*, a cura di P. Abbadessa-F. Cearini, Mulino, 2007, p. 122

<sup>195</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 471. Cfr., P. Ferro – Luzzi, *op. cit.*, p. 477

stravolto l'originario sistema dell'art. 136 TUB. In effetti, è facile osservare che, da un lato, resta immutato il dato essenziale, o meglio, la premessa comune che costituisce l'elemento di collegamento tra le due parti della disposizione: ossia che un soggetto persona fisica svolga le "funzioni rilevanti" presso una banca o una società di un gruppo bancario; dall'altro lato, invece, controparte dell'operazione resta sempre la banca o una società del gruppo bancario, mentre, il "soggetto - parte" dell'operazione non è più, il soggetto persona fisica che svolge le funzioni rilevanti, ma può essere una qualunque società, del tutto estranea al gruppo, e non solo quelle controllate dal soggetto che svolge funzioni rilevanti. Nonché quelle ove lo stesso soggetto persona fisica svolga ancora volta analoghe funzioni rilevanti, quindi le società controllanti o controllate senza però che vi sia bisogno che in quest'ultime il soggetto persona fisica svolga "funzioni rilevanti"<sup>196</sup>.

Alcune tra le fattispecie ora incluse nell'ambito di applicazione dell'art. 136 TUB (fattispecie inclusa con il nuovo comma 2-*bis*) erano state considerate dalla Banca d'Italia nelle Istruzioni di vigilanza, prima dell'emanazione del comma 2-*bis*. In particolare, si fa riferimento alle obbligazioni contratte da una società controllata dall'esponente aziendale dove "parte" dell'operazione è questa società e non direttamente l'esponente bancario. Da tener presente, però, che le Istruzioni di vigilanza fanno riferimento ad una precisa nozione di controllo (rinviandosi all'art. 23 TUB). Indicazione che manca nella nuova norma, il che potrebbe sollevare qualche problema, se si considera che la nozione di controllo non è certamente univoca

---

<sup>196</sup> Cfr., P. Ferro – Luzzi, *op. cit.*, p. 475 - 476



nel sistema.

Va peraltro notato, che nelle Istruzioni di vigilanza la Banca d'Italia, per esentare talune obbligazioni, utilizza il criterio della "standardizzazione" delle condizioni, che permette di individuare obbligazioni aventi ad oggetto beni o servizi erogati al pubblico sulla base di condizioni appunto standardizzate. In tal modo, per effetto dell'erogazione standardizzata, si esclude a priori il rischio che la posizione dell'esponente possa favorire un trattamento privilegiato. Non si giunge ai medesimi risultati o perlomeno non è sicuro escludere il rischio che l'esponente attui dei trattamenti privilegiati, quando le condizioni standardizzate sono applicate ai beni o ai servizi offerti *da una società di cui l'esponente bancario sia controllante* (fattispecie, summenzionata, inclusa dal comma 2-bis)<sup>197</sup>. Infatti, a meno che non si tratti di condizioni, non solo standardizzate ma sottratte anche alle leggi del mercato, all'atto del contrarre, la banca sceglie tra diversi ed alternativi regolamenti contrattuali che vengono offerti dai diversi competitori presenti sul mercato. Ciò comporta che la posizione dell'esponente bancario è rilevante e fondamentale nell'orientare la società verso una scelta probabilmente da lui preferita rispetto ad un'altra, o almeno non può escludersi che ciò non accada. Pertanto si è in presenza di quel pericolo astratto o presunto a proposito dell'oggetto della tutela apprestata dall'art. 136 TUB rispetto al quale è irrilevante il profilo del danno<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 473

<sup>198</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 472 - 473

## 6. Il procedimento per contrarre obbligazioni

A seguito degli interventi riformatori realizzati con la legge sul risparmio e con il successivo decreto legislativo di coordinamento n. 303/2007, il primo comma dell'art. 136 TUB prevede che l'esponente bancario concluda obbligazioni di «qualsiasi natura» e compravendite con la banca o la società del gruppo bancario presso cui svolge le proprie funzioni, a condizione che sussista la «previa deliberazione dell'organo amministrativo presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo».

Trattandosi di un'eccezione ad un divieto stabilito in via generale, la disposizione deve essere interpretata in senso restrittivo, poiché la legge vuole che la deliberazione sia adottata in via *preventiva*, non essendo legittimata una ratifica successiva di un'operazione già conclusa. Inoltre, le *Istruzioni di vigilanza* hanno precisato che la deliberazione deve specificamente indicare l'operazione di cui si tratta, non essendo ammissibili deliberazioni generiche. Si deve quindi trattare di una delibera *specificata*, per ciascun singolo esponente e per ciascuna singola operazione autorizzata relativa allo stesso esponente<sup>199</sup>.

Pertanto, la norma prevede che, per superare il divieto, sia necessario il consenso unanime dell'organo amministrativo e il voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, ferme restando le regole per la valida costituzione dell'organo. Pertanto, se per unanimità si intende il voto favorevole di tutti gli amministratori partecipanti alla riunione del consiglio, non è

---

<sup>199</sup> Cfr., *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, cap. 3, Sez. II, par. 1 e

quindi necessaria la presenza dell'intero organo di amministrazione, essendo sufficiente che intervenga un numero di membri pari a quello necessario per la validità delle deliberazioni (*quorum* deliberativo). In tal senso si esprimono anche le *Istruzioni di vigilanza*<sup>200</sup>.

Il legislatore richiede espressamente l'autorizzazione dell'organo di controllo o meglio «il voto favorevole dell'organo di controllo». Riguardo a quest'ultimo aspetto, si ritiene comunemente che sia richiesta l'unanimità dei componenti e che, se qualcuno di essi sia assente al momento della delibera, potrà prestare successivamente - purché prima del compimento dell'atto - il proprio consenso.

Tuttavia, la tesi che consente al sindaco assente di esprimere il suo parere successivamente ed al di fuori della riunione dell'organo collegiale è prevista anche nelle istruzioni di vigilanza<sup>201</sup>, ove non sembrano essere presi in considerazione gli argomenti di certa dottrina espressasi diversamente<sup>202</sup>.

Va, peraltro, rammentato che l'inciso inserito nella parte finale del primo comma, dell'art. 136 TUB, che prevedeva «l'obbligo di astensione» dell'esponente bancario, nonché condiviso dalla prevalente dottrina, in seguito alla riforma delle società (D.lgs. n. 6/2003) è stato sostituito con l'inciso finale: «fermo restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia

---

<sup>200</sup> Cfr., A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1058

<sup>201</sup> Par. 1, «*Obbligazioni degli esponenti della banca*»: «Per quanto concerne l'approvazione dell'organo di controllo, poiché tutti i sindaci effettivi, nessuno escluso, devono esprimere parere favorevole, va da sé che quando per qualsiasi motivo uno di essi non abbia presenziato alla seduta del consiglio nella quale la deliberazione è stata adottata, la sua approvazione va formalizzata in un documento scritto da conservare agli atti della banca e va fatta constare nel verbale relativo alla riunione consiliare successiva. Resta esclusa, sino a quando tale approvazione non sia intervenuta, la possibilità di dare corso alle operazioni in parola, anche quando ne ricorrano gli altri presupposti. Peraltro, il sindaco interessato a contrarre un'obbligazione con la banca di appartenenza o con altra banca o società del gruppo non deve esprimere il voto in occasione della deliberazione sull'operazione medesima». Cfr., *Istruzioni di vigilanza*, Tit. II, cap. 3, Sez. II, par. 1.

<sup>202</sup> Cfr., A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1058.

di interessi degli amministratori»<sup>203</sup>. Successivamente con il D.lgs. n. 303/2007 sono state aggiunte le parole « e di operazioni con parti correlate».

Pertanto, se da un lato viene eliminato l'obbligo generale di astensione dal voto, salvo il caso che si tratti di amministratore delegato, dall'altro lato trova piena applicazione, in quanto fatta salva dall'art. 136 TUB, la disciplina degli interessi degli amministratori di cui all'art. 2391, c.c. e la disciplina di operazioni con parti correlate prevista dall'art. 2391-*bis*, codice civile.

Sembra chiaro che la modifica dell'art. 136 TUB comporta, per l'amministratore interessato all'operazione, un incondizionato obbligo di *disclosure*<sup>204</sup> relativo ad ogni interesse<sup>205</sup> di cui è portatore per conto proprio o di terzi; precisandone, inoltre, la natura, i termini, l'origine e la portata.

Ai sensi del nuovo testo dell'art. 136 TUB, visto il richiamo all'art. 2391 c.c. di cui si è detto, l'amministratore sarà, d'ora in avanti, tenuto a rivelare il proprio interesse al consiglio di amministrazione, ma non dovrà più astenersi dal partecipare alla discussione e alla votazione, dalle quali si asterrà soltanto se lo ritenga conveniente, per motivi di stile o per consentire una serena discussione agli altri consiglieri.

Il richiamo previsto dall'art. 136 TUB alla disciplina codicistica in tema di interessi degli amministratori comporta per gli organi di gestione il dovere di dotarsi di regole che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni realizzate con i soggetti "vicini " agli esponenti

---

<sup>203</sup> Cfr., M. Lembo, op. cit., p. 460.

<sup>204</sup> G. Minervini, *Gli interessi degli amministratori di S.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 2, Torino, 2006, p. 587-588.

<sup>205</sup> L. Enriques, A. Pomelli, sub art. 2391, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, a cura di A. Maffei Alberti, v. I, Padova, 2005, p. 760.

bancari o realizzate mediante società da essi controllate. Operazioni queste che, in assenza di una specifica disciplina che ne tuteli la *fairness* procedurale e sostanziale, rischierebbero di far emergere pericolosi conflitti d'interessi tra gli esponenti bancari che pongono in essere l'operazione e la società bancaria, in particolare con gli azionisti di minoranza della società medesima.

In linea di principio, si ritiene che la competenza a deliberare l'esenzione in esame non possa essere attribuita ad eventuali organi delegati.

Le Istruzioni di vigilanza, pur condividendo quest'ultima conclusione, indicano che «qualora le funzioni di gestione siano per statuto delegate in via ordinaria a un organo ristretto, quale il comitato esecutivo, cui sono attribuiti poteri generali in materia di erogazione del credito, si ritiene coerente con il dettato normativo che tale organo assuma le deliberazioni richieste dall'art. 136 del TUB. È opportuno, comunque, che le stesse siano portate a conoscenza del consiglio di amministrazione. Resta fermo che i destinatari del divieto sono i componenti di entrambi gli organi di amministrazione».

Nella circolare Assonime n. 12 del 12 aprile 2006 si è sollevato il dubbio circa la legittimità dell'esclusione dall'applicazione della norma – lì ove impone la deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità - delle decisioni normalmente assunte dal comitato esecutivo o da altro organo ristretto, ancorché siano stati loro attribuiti poteri generali in materia di erogazione del credito<sup>206</sup>.

Il secondo comma della norma in esame prende in considerazione l'esistenza di due ipotesi:

---

<sup>206</sup> Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 86 e A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1059.

a) operazioni (*interne*) fra esponenti di una società (bancari o non) del gruppo e questa stessa società;

b) operazioni (*trasversali*) fra esponenti di una società (sempre bancaria o non) del gruppo ed un'altra società (sempre bancaria o non) del medesimo gruppo. Le operazioni che riguardano il punto sub a) sono tutte quelle previste dal primo comma: «obbligazioni di qualsiasi natura e atti di compravendita»; quelle previste sub b), invece, riguardano le operazioni di *finanziamento*.

Nel caso di obbligazioni degli esponenti di banche e società facenti parte di un gruppo bancario - sia se ritratti di operazioni previste sub a) sia quelle previste quelle sub b) - oltre alla deliberazione unanime dell'organo amministrativo della banca o società contraente, è necessario l'assenso della capogruppo. In assenza di una puntuale prescrizione di legge sull'organo della capogruppo deputato all'assenso, le Istruzioni della Banca d'Italia ritengono che «esso possa essere deliberato anche da un organo o amministratori delegati dal consiglio di amministrazione della capogruppo, con i criteri e le cautele dallo stesso stabilite<sup>207</sup>.

In conclusione, l'estensione della tipologia di obbligazioni contratte da esponenti bancari, ad opera del riformato art. 136 TUB è destinato a sollevare, nella prassi, numerose complicazioni e rilevanti ostacoli al funzionamento dell'organo amministrativo. Infatti, il numero delle deliberazioni, che i consigli di amministrazione o gestione dovranno adottare, subirà un forte incremento anche con riferimento ad operazioni di finanziamento di modesto valore. Pertanto, proprio in conseguenza

---

<sup>207</sup> Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 87 e A. Pisani Massamormile, *op. cit.*, p. 1060.

dell'estensione delle fattispecie rilevanti, sarà necessario che le banche ed i gruppi bancari si dotino di gravose procedure interne e sistemi di verifiche che potrebbero rendere particolarmente complessa l'operatività degli organi di amministrazione e controllo.

Allo stesso tempo, tali procedure interne saranno fondamentali per assicurare la raccolta e il monitoraggio delle informazioni necessarie per l'osservanza delle prescrizioni poste dalla regolamentazione in materia di obbligazioni degli esponenti bancari.

In sostanza, ciascuna banca, ed in particolare la banca capogruppo, dovranno necessariamente predisporre procedure interne (una sorta di autoregolamentazione simile a quella prevista dall'articolo 2391-*bis* per le operazioni con parti correlate a cui fa riferimento l'ultima parte del primo comma dell'art.136 TUB) volte ad introdurre doveri - in capo a coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo nelle società indicate - di comunicazione agli uffici delle banche (deputati alla concessione di crediti o al compimento di operazioni "sensibili") dei legami proprietari e aziendali di ciascuno di essi, o meglio dei soggetti rilevanti e di una «mappatura» delle posizioni rilevanti ai fini dell'art. 136 TUB<sup>208</sup>.

Resta fermo che in caso di mancata o erronea segnalazione dei soggetti rilevanti o anche di omessa o inveritiera comunicazione di dati, informazioni e notizie, nessuna responsabilità potrebbe essere imputata a coloro che, svolgendo funzioni di amministrazione, direzione o controllo, fossero ignari dell'esistenza di negozi giuridici sensibili, conclusi in assenza

---

<sup>208</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 474 e Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 88.

delle necessarie autorizzazioni<sup>209</sup>.

Al fine di rendere quanto più trasparente possibili le operazioni svolte dagli esponenti bancari sarà opportuno che le banche predispongano vere e proprie schede informative, corredate da adeguata illustrazione e esemplificazione delle situazioni più rilevanti che i singoli esponenti dovranno compilare periodicamente e consegnare agli uffici della banca. L'ABI, infatti, consapevole del proliferare di deliberazioni consiliari, anche alla luce del frequente ricorso ai gruppi, ha proposto la seguente soluzione operativa: a) informativa specifica agli esponenti aziendali; b) raccolta di un questionario, da parte degli stessi, con indicazione degli interessi particolari, indiretti compresi, ed impegno all'aggiornamento continuo; c) adozione di una delibera quadro non generica e priva di ogni elemento di discrezionalità, valida entro un massimale autorizzato secondo *l'iter* dell'art. 136 TUB<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Cfr., Assonime, *op. cit.*, p. 475 e Cfr., L. A. Bianchi – M. Lucenti, *op. cit.*, p. 89.

<sup>210</sup> Cfr., M. Lembo, *op. cit.*, p. 459 e per ulteriori chiarimenti si veda, A. Negri-Clementi, *Nota tecnica: Circolare ABI sulle modifiche all'art. 136 TUB*, Milano, 19 maggio 2006, consultabile sul sito, [www.nedcommunity.com](http://www.nedcommunity.com).



## BIBLIOGRAFIA

- A. Bianchi L. e Lucenti M., *Una "chirurgia" legislativa invasiva: la riforma dell'articolo 136 del Testo Unico Bancario*, in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2006
- Assonime, *Le nuove disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari: circolare n.12/2006*, in "Rivista delle società", 2006, pp. 445 ss.
- Abbadessa P., *La nuova riforma del diritto societario secondo il testo unificato dei progetti di legge per la tutela del risparmio*, in "Le società", n° 3/2005, pp. 280, ss.
- Associazione D. Preite, *Banche e imprese: alla ricerca di nuovi equilibri*, in "Banca Borsa e Titoli di Credito", n. 3, 2006, pp. 253 ss.
- Bonelli F., *Gli amministratori di Spa; dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004, p. 145 ss.
- Bonelli F., *Amministratori di banche e conflitti di interesse*, in "giurisprudenza commerciale", 1989, pp. 911
- Borsa italiana Spa, *Codice di Autodisciplina*, (Capuano), ed. 2006
- Borsa italiana Spa, *Codice di Autodisciplina*, (Preda), ed. 2002
- Bonzanini L. - Martelloni A., *Le operazioni con «parti correlate» di società «aperte»*, in "Le Società", n°8/2005, pp. 950, ss.
- Brescia Morra C., *Troppe regole in Italia sui rapporti tra industria e banca? Un'analisi comparata*, in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2006
- Battilani P., *Il ruolo della strategia finanziaria nella performance dell'industria cotoniera italiana nel periodo fra le due guerre*, in "Rivista di Storia Economica", I, 1995, pp. 57 – 88
- Balzarini P., *Riforma del diritto societario: disposizioni correttive*, elemento scuola e azienda, settembre/ottobre 2005, [www.scuolaazienda.it](http://www.scuolaazienda.it)
- Calandra Buonauro V., *L'impresa e i gruppi bancari*,
- Capriglione F., *Evoluzione del rapporto finanza- industria: della legge bancaria del 1936*, in "Studi sulla nuova legge bancaria", Roma, 1994, pp. 117-130
- Capriglione F., *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari: commento al D.Lgs. n°385 del 1993, TUB, 2° ed.*, Padova, 2000, pp. 67-109 e 632-634
- Campobasso G.F., *Le partecipazioni al capitale delle banche*, in "Banca Borsa tit. cred.", 1994, pp. 285 ss.
- Candellero D., *Commentario, il nuovo diritto societario: art. 2391*, a cura di Gastone Cottino, Zanichelli, 2004
- Clemente C., *Vigilanza regolamentare sull'art. 53, commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Cedam, n.1/2001, pp. 399 ss.
- Cassella A., *Il conflitto di interesse nell'attività bancaria*, in "banca Borsa e Titoli di Credito", n.1/1996, pp. 793

Ciocca P. – F. Frasca, *I rapporti fra industria e finanza: problemi e prospettive*, in "Politica economica", n. I, 1987, pp. 29-50

Cottino G., *contrattualismo e istituzionalismo*, in "Rivista delle Società", 2005, pp. 693

Conti G., *Finanza di impresa e capitale di rischio in Italia (1870-1939)*, in "Rivista di Storia Economica", I, 1995, pp. 307-332

Costi R., *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna, 2001

Corsini L., *L'interesse dell'amministratore di società*, in "Le Società", n. 7/2006, pp. 848

Cera M., *Le banche e i loro azionisti nella nuova legge per la tutela del risparmio*, in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2006

Chiappetta F., *Finanziamento della società per azioni e interesse sociale*, in "Rivista delle società", 2006, p. 668

Di Bernardo M.- Mattia S., *il conflitto di interessi degli amministratori nella nuova s.p.a.*, in "Le società", n°. 5/2005, pp. 557, ss.

Di Quirico R., *Il sistema Comit*, in "Rivista di Storia Economica", I, 1995, pp. 175- 210

De Rosa L., *La banca e l'industria sette secoli di rapporti e di intrecci*, in "Bancaria", 1/2006, pp. 91-97

Enriques L., *La disciplina del conflitto di interessi degli Amministratori di Spa: novità e raccordo con le disposizioni in tema di obbligazioni degli esponenti aziendali di banche*, in "Dir. della Banca e del Mercato Finanziario", 2004, p. 419

Enriques L., Pomelli A., *sub art. 2391*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, a cura di A. Maffei Alberti, v. I, Padova, 2005

Enriques L., *Il conflitto d'interessi degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2000

Enriques L., *Il conflitto d'interesse nella gestione delle banche*, in F. Riolo e D. Masciandaro, (a cura di) *il governo delle banche in Italia*, Roma-Milano, Edibank, 1999, p. 335

Fazio A., *La partecipazione delle Banche nel capitale delle imprese*, in "Bancaria", n. 7/8, 1993, p. 97

Fanfani T. – Conti G., *Il sistema bancario italiano tra crisi e stabilità: dagli «anni neri» alla ripresa del primo novecento*, in "Bancaria ABI", n.1/2006, pp.2

Ferrarini G.- Giudici C., *La legge sul risparmio, ovvero un pot-pourri della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 573

Ferro-Luzzi P., *L'articolo 136, comma 2-bis, del testo unico bancario*, in *La legge per la tutela del risparmio* a cura di P. Abbadessa-F. Cesarini, il Mulino, 2007

Ferro-Luzzi P., *Le: "obbligazioni degli esponenti aziendali"; l'art. 136, comma 2-bis T.U.B., il doppio esercizio delle "funzioni rilevanti"*, in "Banca borsa, tit. cred.", 2006, II, p. 123.

Guizzi G., *Commentario sub art 2391, società di capitali*, a cura di Niccolini G.- Stagno D'Alcontres A., Jovene, 2004

Giorgianni F., *Manuale di Diritto Bancario*, Tardivo Giuffrè, 2005

Guaccero A., *La partecipazione del socio industriale nelle società per azioni bancarie*, Milano, 1997

Jaeger P.G.- F. Denuzza-Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale: impresa e società*, Giuffrè, 2006, pp. 197 ss.

Jaeger P. G., *L'Interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in "Giur. Comm.", n.1/2000, pp. 795

La Villa G., *Art. 38 della legge Bancaria contratte "indirettamente"*, in "Giur. Comm.", 1979, II, pp. 640

Lembo M., *L'art. 136 del t.b.u. nella versione integrata della cosiddetta legge sul risparmio. Prime e brevi riflessioni*, in "Diritto della banca e del mercato finanziario", 2006

Lucarini D., *La separatezza fra industria e banca: il punto di vista di un giurista*, in "Age", 1, 2004, pp. 63 ss.

Malagutti V. – Onado M., *Andare a piedi da Lodi a Lugano*, in "Mercato concorrenza regole", 2, 2005 pp. 331 ss.

Mugolino M., *Concessione di credito in favore di azionisti e obbligazioni delle banche* in "Il Sole24Ore", 11/2006

Messori M., *La separatezza fra industria e banca: il punto di vista di un economista*, in "Age", 1/2004, pp. 43 ss.

Minervini G., *Gli interessi degli amministratori di Spa* in "Giur. Comm.", n. 33.2, 2006, pp. 147 ss.

Minervini G., *Gli interessi degli amministratori di S.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, vol. 2, Torino, 2006,

Mosco G.- Vella F., *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la « governance »?*, in "AGE", N.1/2004, pp.139

Mignoli A., *le società per azioni*, Milano, 2002, pp. 83

Morera U., *Il fido bancario, profili giuridici*, Milano, Giuffrè, 1998

Pisani Massamormile A., *Sub Art. 136, commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, II, 2001

Morera U., *Disciplina delle obbligazioni degli esponenti bancari*, in "Le Società", 1994, pp. 1704

Negri-Clementi A., *Nota tecnica: Circolare ABI sulle modifiche all'art. 136 TUB*, Milano, 19 maggio 2006, [www.nedcommunity.it](http://www.nedcommunity.it)

Panzani L., *le linee guida della riforma della tutela del risparmio*. in "Le società", n°. 3/2005, pp. 277, ss.

Pellegrini M. *La separatezza banca-industria*, in "L'ordinamento finanziario italiano", a cura di F. Capriglione, Cedam, II, 2005, p. 425 ss.

Porta A., *Governo delle banche e rapporti banca – impresa*, in F. Riolo e D. Masciandaro, (a cura di) *il governo delle banche in Italia*, Roma-Milano, Edibank, 1999, pp. 97, ss.

Pino Pongoli F., *Note sulla cultura bancaria a Milano nei primi anni '20: Cabiati, Mattioli e la Rivista bancaria*, in "Rivista di Storia Economica", I, 1995, pp. 1 – 55

Quatraro B., *Funzioni doveri e responsabilità civile degli amministratori e sindaci di banche* in F. Riolo e D. Masciandaro, (a cura di) *il governo delle banche in Italia*, Roma-Milano, Edibank, 1999, p. 467 ss.

Renna A., *Appunti in tema di conflitto di interesse e assemblee speciali*, in "Le Società", n. 9/2006, pp. 1095 ss.

Rescigno M., *Interessi, conflitto di interessi e tutela del risparmio: una disciplina in evoluzione*, in "Analisi Giuridica dell'Economia", 1/2006

Salanitro N., *Gli interessi degli amministratori nelle società di capitali*, in "Rivista delle società", 2003, pp. 47, ss.

Santoro V., *Il coordinamento del testo unico bancario con la riforma delle società. Due profili problematici: gli assetti proprietari e l'indipendenza degli esponenti aziendali*, in "Diritto della Banca e del Mercato Finanziario", I, 2005, p. 3 ss.

Sottoriva C., *il nuovo decreto correttivo della riforma del diritto societario: commento al D.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, in "Le società", n°. 2/2005, pp.204, ss.

Salerno M. E., *Il principio di separatezza banca-industria e la concorrenza tra ordinamenti giuridici*, in "Diritto della Banca e del Mercato Finanziario", n. 4/2006, pp. 627 ss.

Salerno M. E., *La vigilanza regolamentare sulle banche: problemi di coordinamento con il nuovo diritto societario*, in "Diritto della Banca e dei Mercati Finanziari", n.1/2005, pp. 407 ss.

Ventoruzzo M., *Commento alla riforma delle società: art. 2391*, a cura di Marchetti P. G., Giuffrè, 2005

Ventoruzzo M., *Commento alla riforma delle società: art. 2391-Bis*, a cura di Marchetti P. G., Giuffrè, 2005

Vietti M., *la tutela del risparmio e la riforma del diritto societario*, in "Le società", n°. 3/2005, pp. 286, ss.

Zamperetti G., *il «nuovo» conflitto di interessi degli amministratori di s.p.a.: profili sparsi di fattispecie e di disciplina*, in "Le Società", n°9/2005, pp. 1085, ss.