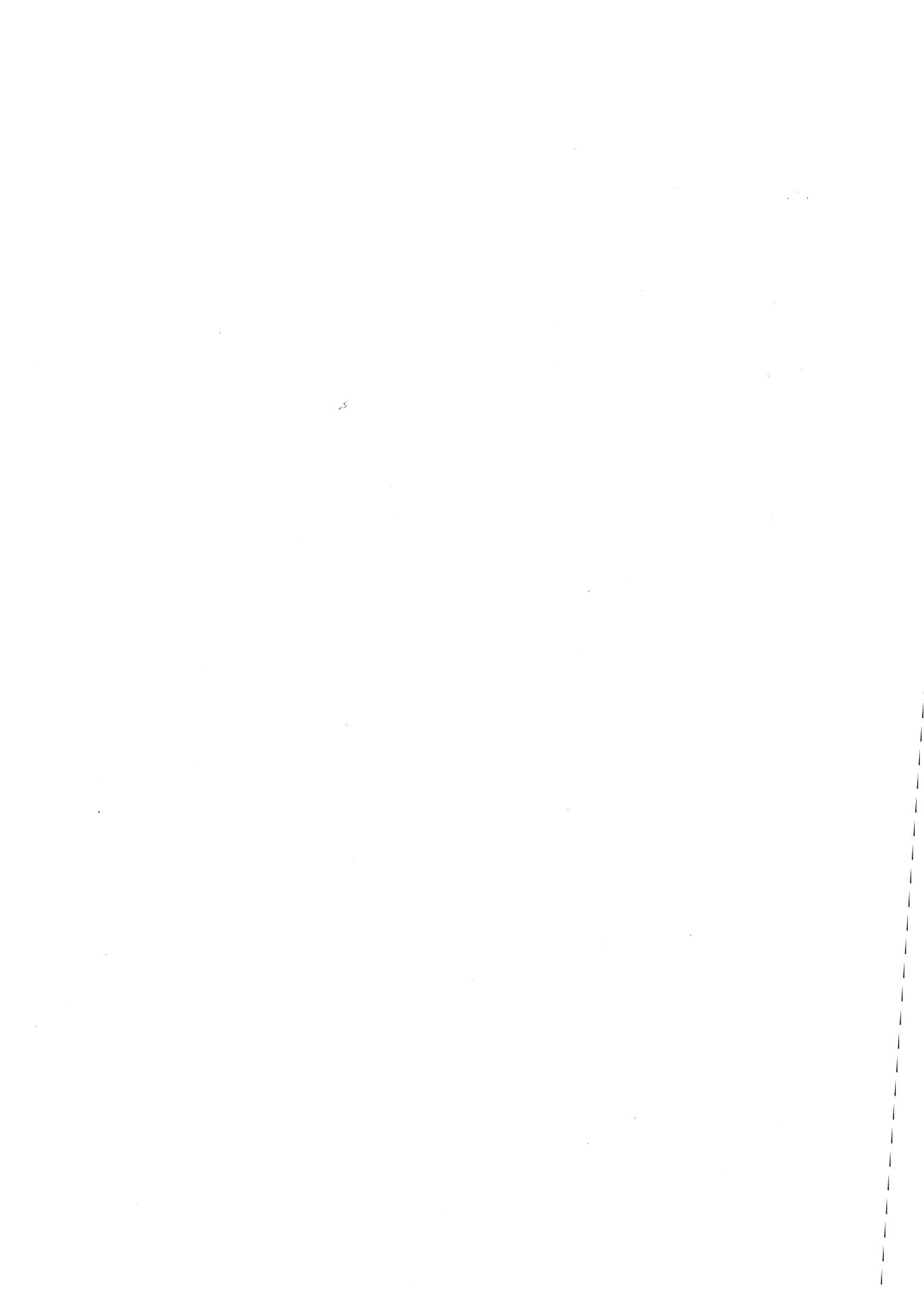


ANTONIO NUZZO

LA PARTECIPAZIONE AL CAPITALE DEGLI ENTI CREDITIZI.



Sommario: 1. LA DISCIPLINA. 2. L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA. 3. LA TRASPARENZA DELLE PARTECIPAZIONI RILEVANTI. 4. IL CONTROLLO DELLA QUALITÀ DEI PARTECIPANTI. 5. Segue: LA NOZIONE DI "CONTROLLO". 6. LE SANZIONI. 7. LA CD. SEPARAZIONE TRA BANCA E INDUSTRIA.

1. La disciplina.

Il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia contiene, agli articoli da 19 a 24, regole relative alla partecipazione al capitale delle banche, essenzialmente obblighi di comunicazione, autorizzazioni e divieti. Nelle Istruzioni della Banca d'Italia è chiarito che la <disciplina è volta a garantire la trasparenza degli assetti proprietari delle banche ed a operare affinché, attraverso il sistema autorizzativo, tali assetti rispondono ai principi della "separatezza" banca/industria e della sana e prudente gestione delle banche>¹.

Il nodo cruciale della disciplina risiede quindi negli assetti proprietari. La normativa figura gli strumenti per il controllo di detti assetti. L'esigenza del controllo riposa nella particolare delicatezza dell'attività bancaria: v'è il pericolo proprio degli attivi finanziari, che non si concretano nella "solidità tangibile della fabbrica"; v'è l'esigenza di tutela del risparmio depositato; v'è il pericolo di "contagio" delle crisi, essendo le banche parte di circuiti finanziari strettamente collegati fra loro. La disciplina propone tre livelli di intervento²:

- la *trasparenza* delle partecipazioni (artt.20-21 T.U.): ai sensi dell'art.20, <chiunque partecipa al capitale di una banca in misura superio-

1) Istruzioni della Banca d'Italia attuative delle leggi 10 ottobre 1990, n°287 e 4 giugno 1985, n°281, come modificate dal decreto legislativo 14 dicembre 1992, n°481, in materia di partecipazioni al capitale delle banche, pubblicate nella G.U. n°195 del 20 agosto 1993. Il Testo Unico ha modificato, sia pure lievemente, la materia; tuttavia, ai sensi dell'art.161 T.U., le istruzioni emanate permangono in vigore sino all'emanazione delle nuove.

2) G.F. CAMPOBASSO, *Le partecipazioni al capitale delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1994, I, p.285, individua <quattro principi cardine su cui si fonda l'attuale disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche>, ossia: <trasparenza degli assetti proprietari

re alla percentuale stabilita dalla Banca d'Italia ne dà comunicazione alla medesima Banca d'Italia e alla banca> (co.1) e deve essere comunicato alla Banca d'Italia <ogni accordo, in qualsiasi forma concluso, compresi quelli aventi forma di associazione, che regola o da cui possa derivare l'esercizio concertato del voto in una banca, anche cooperativa, o in una società che la controlla> (co.2); per verificare l'osservanza agli obblighi di comunicazione, compete alla Banca d'Italia il potere di <chiedere informazioni ai soggetti comunque interessati> (co.4); ai sensi dell'art.21, la Banca d'Italia può richiedere le informazioni necessarie ad identificare i soggetti che compongono la catena partecipativa, ossia <l'identificazione nominativa dei soci> delle società e degli enti di qualsiasi natura che partecipano alla banca (co.1) nonché <l'identificazione delle società e degli enti controllanti> (co.2);

- il controllo della *qualità* dei partecipanti: quale immediato e diretto corollario delle disposizioni in tema di trasparenza, sono anzitutto stabiliti, ai sensi dell'art.25 T.U., requisiti c.d. di onorabilità dei partecipanti; inoltre, ai sensi dell'art.19 T.U., sono soggette all'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia <l'acquisizione a qualsiasi titolo di azioni o quote di banche... quando comporta... una partecipazione superiore al 5% del capitale della banca rappresentato da azioni o quote con diritto di voto e, indipendentemente da tale limite, quando la partecipazione comporta il controllo della banca stessa> (co.1), <le variazioni della partecipazione quando comportano partecipazioni al capitale della banca superiore ai limiti percentuali stabiliti dalla medesima Banca d'Italia> (co.2) nonché <l'acquisizione del controllo di una società che detiene una partecipazione superiore al 5% del capitale di una banca... o che, comunque, comporta il

e delle effettive posizioni di potere dei principali azionisti, fondata sull'obbligo di comunicazione delle partecipazioni rilevanti e degli accordi che regolano l'esercizio del diritto di voto ... requisiti di onorabilità per i possessori di partecipazioni qualificate, al fine di garantire la sana e prudente gestione della banca ... assoggettamento ad autorizzazione della Banca d'Italia dell'acquisizione e dell'incremento di partecipazioni qualificate, sempre al fine di assicurare la sana e prudente gestione della banca ... divieto per i soggetti che svolgono in misura rilevante attività di impresa in settori diversi da quello bancario e finanziario di possedere partecipazioni superiori al 15% o comunque di controllo in quanto ritenute di per sé pregiudizievoli per la gestione sana e prudente della banca>.

controllo della banca stessa> (co.3); la Banca d'Italia <rilascia l'autorizzazione quando ricorrono condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca> (co.5);

- la c.d. *separazione tra banca e industria*: ai sensi dell'art.19 T.U., <i soggetti che... svolgono in misura rilevante attività d'impresa in settori non bancari nè finanziari non possono essere autorizzati ad acquisire azioni o quote che comportano, unitamente a quelle già possedute, una partecipazione superiore al 15% del capitale di una banca rappresentato da azioni o quote con diritto di voto o, comunque, il controllo della banca stessa> (co.6); l'autorizzazione sarebbe in ogni caso negata <in presenza di accordi... da cui derivi durevolmente... una rilevante concentrazione di potere per la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori della banca, tale da pregiudicare la gestione sana e prudente della banca stessa> (co.7).

2. L'evoluzione del sistema.

Nella Legge bancaria non v'era una disciplina di controllo prudenziale delle partecipazioni nelle banche³. In verità, sarebbe più appropriato dire che tale disciplina era inespressa, di fatto compresa nell'insieme dei più ampi poteri che caratterizzavano la vigilanza in allora esercitata sul sistema bancario: la discrezionalità di cui godeva l'Autorità di vigilanza era tale da consentirle in punto di fatto un pieno controllo relativamente ai soggetti richiedenti l'autorizzazione alla costituzione dell'azienda di credito; la delibera assunta il 23 giugno 1966 dal CICR aveva inoltre sancito la sostanziale chiusura dell'accesso all'attività bancaria, essendovi disposto il

3) Erano controllate le sole partecipazioni al capitale delle banche di interesse nazionale, ad evitare l'ingresso di capitale straniero (ai sensi dell'art.26, co.1, l.b. <le azioni rappresentative del capitale delle società per azioni dichiarate "banche di interesse nazionale" dovranno trasformarsi in azioni nominative>) ed era disposta la nominatività obbligatoria delle azioni di banche (art.30, co.2, l.b.). Osserva D. LUCARINI, *Banche e partecipazioni*, Milano 1994, p.123, che <la nominatività obbligatoria... era chiaramente funzionale alla conoscenza che la vigilanza doveva avere delle proprietà delle banche, tanto più che l'art.31 imponeva alle aziende il credito di trasmettere alla Banca d'Italia ogni dato da essa richiesto, compreso l'elenco nominativo dei soci, ma sicuramente non garantiva la trasparenza dei possessi indiretti e delle intestazioni fiduciarie>.

divieto al rilascio di nuove autorizzazioni⁴; la gran parte delle aziende bancarie esistenti erano di proprietà pubblica o avevano forma cooperativa⁵. Dunque, essendo il sistema concepito nella Legge bancaria fortemente chiuso e controllato, si affermò l'idea che la legge stessa contenesse anche il principio implicito della separazione tra banca e industria⁶; materia che, invero, non appariva testualmente trattata dal legislatore, se non, come ampiamente noto, per il solo profilo della regolamentazione del rischio assunto dalle

4) La deliberazione del CICR ebbe l'effetto di sospendere il rilascio di autorizzazioni alla costituzione di nuove banche. In precedenza, precisamente con le proprie delibere del 31 ottobre 1957 e 8 agosto 1962, il CICR aveva già espresso <orientamento non favorevole> alla costituzione di nuove aziende di credito. Successivamente, con deliberazione del 14 maggio 1971 il CICR rimosse la predetta sospensione limitatamente alla costituzione di casse rurali ed artigiane su "piazze" non servite da sportelli di altre aziende di credito. È anche opportuno ricordare che dinanzi a siffatto contesto venne ampiamente discussa la natura del provvedimento amministrativo della Banca d'Italia: venne in particolare contestata la sua riconducibilità alle "autorizzazioni", sembrando piuttosto appartenere al genere delle "concessioni" (o eventualmente delle c.d. "autorizzazioni costitutive").

5) Appariva insomma assai limitato il rischio di "scalate". Al riguardo si vedano anche G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p.286s. e D.LUCARINI, *op. cit.*, p.3

6) Secondo F. CAPRIGLIONE, *Costituzione di banche e rapporto banca-industria*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1988, I, p.705ss., il principio della separatezza tra banca e industria <ha rappresentato uno dei più significativi baluardi dell'autonomia degli enti creditizi> (cfr. anche la delibera CICR del 20 marzo 1987, che ha individuato nella separatezza tra banca e industria uno dei "criteri ispiratori" del sistema bancario) e va ricostruito alla luce del <contesto storico-giuridico> « contesto storico-giuridico » che è alla base degli interventi legislativi degli anni trenta. E così, secondo l'Autore, il principio <trae origine dall'esigenza di evitare situazioni di crisi indotte dall'osservazione delle banche nei confronti delle industrie. Tra gli obiettivi collegabili al modello organizzativo del mercato finanziario preminente appare, infatti, la stabilità del sistema dalla quale deve ritenersi inscindibile un'azione del banchiere libera da condizionamenti e interferenze esterne. Da qui l'inserimento della separatezza nella logica ordinatrice della riforma, nonché la riferibilità del suo fondamento giuridico all'intera *ratio* di questa>.

banche nelle imprese non finanziarie⁷.

Assunto un siffatto quadro normativo, si comprende agevolmente come il problema che ne occupa, ossia la disciplina prudenziale delle partecipazioni al capitale delle banche, sia emerso in maniera significativa in occasione dell'emanazione delle norme di liberalizzazione dell'accesso all'attività bancaria, in attuazione della Prima direttiva in materia bancaria⁸: il D.P.R. n°350 del 27 giugno 1985, che certamente tratteggiava limiti definiti alla discrezionalità amministrativa in materia di vigilanza sull'accesso all'attività bancaria⁹, introduceva infatti il requisito dell'"onorabilità" per i partecipanti al capitale delle banche¹⁰; il CICR impartiva direttive <volte ad evitare che i soci degli enti creditizi che abbiano interessi imprenditoriali in settori non finanziari possano imporre indirizzi di gestione degli enti stessi non in linea con le... esigenze di corretta allocazione del credito>, assumendo in premessa che <la separatezza tra banca e imprese non bancarie costituisce uno dei criteri ispiratori dell'ordinamento bancario e che la salvaguardia di tale principio rientra tra i compiti di alta vigilanza attribuiti al Comitato> medesimo¹¹; nelle istruzioni di vigilanza la Banca d'Italia pre-

7) Come osserva D. LUCARINI, *op. cit.*, p.3, <il principio di separatezza assumeva... una valenza unidirezionale: la preoccupazione del legislatore del '36 fu soprattutto quella di arginare l'acquisizione del capitale industriale da parte delle banche>. Decisamente contrario F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p.710, secondo il quale <la cennata carenza normativa non può essere assunta a fondamento di costruzioni volte a circoscrivere la portata del principio in esame alle sole ipotesi in cui le banche si rendano acquirenti di imprese non bancarie: emergerebbe la incongruità di un sistema previsionale che non sottopone a controllo fattispecie simili, negli effetti, ad altre che si sono puntualmente disciplinate. Ne consegue la possibilità di riferire la definizione dei contenuti della separatezza anche alle limitazioni a carico di imprese industriali che intendano intervenire negli assetti proprietari di banche con le quali intrattengono rapporti debitori>.

8) La direttiva n°780 del 12 dicembre 1977 <relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio>.

9) Da ricordare che con delibera del 31 ottobre 1985 il CICR aveva completamente rimosso la sospensiva di carattere generale per la costituzione di nuove banche.

10) L'art.1, co.2, del D.P.R. n°350 del 1985 stabilisce che l'autorizzazione all'attività bancaria <è rilasciata dalla Banca d'Italia alle condizioni che seguono, ferme le altre di applicazione generale:...c) possesso... per coloro che, in virtù della partecipazione al capitale siano in grado di influire sull'attività dell'ente, dei requisiti di onorabilità di cui all'art.5>.

11) Delibera CICR 20 marzo 1987.

vedeva il c.d. protocollo di autonomia, ossia l'impegno formale dei soci ad astenersi da comportamenti che potessero minare l'autonomia della banca.

Come si vede, la disciplina prudenziale di vigilanza era impemata essenzialmente su atti amministrativi, non essendo ancora chiaro al legislatore l'indirizzo da prendere in materia; anche se vale la pena ricordare che sono di quegli anni tanto l'introduzione di regole volte a rendere trasparente la proprietà della banca, sul modello già in vigore per le partecipazioni nelle società quotate¹², quanto le ampie e articolate discussioni in ordine ai possibili modelli di riorganizzazione del sistema delle banche pubbliche, bisognose di ricapitalizzazione e dunque in ipotesi aperte alla partecipazione di soci¹³.

Indubbiamente le modificazioni del quadro normativo nel senso di una progressiva liberalizzazione dell'accesso al sistema, comportando una restrizione dell'ampia discrezionalità amministrativa e un nuovo ordine di rapporti tra autorità e banche, ponevano in luce nuova soprattutto il problema del rapporto tra banca e industria: l'art.28 l.b. non appariva più suffi-

12) Mi riferisco alle regole (articoli da 9 a 12) introdotte con la legge n°281 del 4 giugno 1985, contenente <norme per l'identificazione dei soci... delle società per azioni esercenti il credito>. Si vedano al riguardo P. FERRO-LUZZI, *Art.9, commi 1° e 2°, legge n°281/85: prime considerazioni esegetiche*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1986, I, p.425ss.; R: COSTI, *L'identificazione dei soci delle società bancarie*, in *Banca, impr. soc.* 1986, p.221ss..

13) Nell'ambito di un'attenta analisi degli eventi in questione E.TONELLI, *La partecipazione dell'impresa industriale nelle banche*, in *Dir. banc. e merc. fin.* 1989, p.296ss., sostiene che <la discussione..., ancorchè incerta, almeno in apparenza, sull'ammissibilità ed opportunità di un coinvolgimento dell'impresa industriale... nell'impresa bancaria, ha come oggetto dominante... la struttura, l'organizzazione, il ruolo della banca pubblica nel sistema creditizio italiano> e così spiega detta conclusione: <il nucleo centrale da cui si originano le diverse posizioni è, evidentemente, lo strumento suggerito dalla Banca d'Italia per risolvere le difficoltà rilevate: l'adozione di una struttura societaria, il ricorso integrale alla disciplina del diritto comune-, insomma, la cosiddetta privatizzazione della banca pubblica. Questo fenomeno... rende improrogabile una decisa scelta in ordine all'assetto proprietario della banca in entrambe le direzioni: sia nel senso di un'affermazione del principio di separazione tra impresa non finanziaria e banca, sia nel senso opposto, di una compatibilità (pur se con controlli ed, eventualmente, limiti) della partecipazione dell'impresa, anche industriale, alla gestione dell'ente creditizio>.

ciente baluardo all'ingerenza del capitale industriale; in più occasioni si sottolineava che <l'apporto di capitale che le imprese non finanziarie possono recare alle aziende di credito è subordinato all'esigenza di preservare l'autonomia della funzione bancaria>¹⁴, ma sembrava avvertirsi la carenza di idonei strumenti normativi; così, il CICR -come visto- ai propri poteri di "alta vigilanza" per affermare il principio (inespresso a livello legislativo) della separatezza e in genere le Autorità e utilizzavano strumenti indiretti, quali l'invito alle banche a inserire <negli statuti norme atte ad evitare l'assunzione di... comportamenti> destinati a favorire <gli azionisti e i soggetti collegati> e l'introduzione di più puntuale disciplina dei fidi a soggetti collegati¹⁵.

In questo contesto, si affermava conclusivamente che <per fugare eventuali perplessità sarebbe, tuttavia, opportuno *de jure condendo* che la separatezza fosse sancita in via legislativa>¹⁶.

Le modifiche più importanti al sistema si hanno al fine con la legge n°287 del 10 ottobre 1990, che in effetti introduce un sistema organico e completo di controllo delle partecipazioni nelle banche. Si tratta della c.d. legge *anti-trust*, che regola questa materia in un apposito titolo, il quinto, contenente appunto specifiche <norme in materia di partecipazione al capitale degli enti creditizi>.

Appare indubbiamente impropria la collocazione di queste "norme", poichè la materia in questione non sembra appartenere alla "tutela della concorrenza e del mercato": v'è chi si è adoperato per individuare una ragione nella scelta del legislatore¹⁷; s'è anche manifestato il dubbio che si sia trattato di una scelta dettata semplicemente dalla possibilità di inserire in un "treno" già in corsa un complesso di regole da adottare con particolare sollecitudine¹⁸. La sensazione che sia vera questa seconda opinione ap-

14) C.A.CIAMPI, *Considerazioni finali*, 1986, p.31ss.

15) Su questi temi v. F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p.719ss.

16) F. CAPRIGLIONE, *op. cit.*, p.722, che richiama analoga opinione del Governatore (v. nota 60)

17) Si vedano F. BELLI-V. SANTORO, *Il titolo quinto della legge antitrust: "Norme in materia di partecipazione al capitale di enti creditizi"*, in *Dir. banc. e merc. fin.* 1992, p.279, i quali ritengono che <le due anime> della legge siano <mediate dalle disposizioni speciali che coordinano la disciplina generale della concorrenza con quella di settore>.

18) Si veda E. TONELLI, *op. cit.*, p.302, relativamente al dibattito in ordine alla possibile collocazione della disciplina in questione tra le norme della legge *antitrust* ovvero della legge, all'epoca parimenti in discussione, sul riassetto delle banche pubbliche.

pare avvalorata dal ricordo del fermento del periodo, legato alla ristrutturazione degli enti creditizi pubblici con la c.d. "legge Amato", caratterizzato dalle discussioni attorno alla distribuzione tra la Autorità di vigilanza delle competenze di vigilanza sul mercato finanziario ed alla necessità di articolare le attività bancarie nella struttura del "gruppo polifunzionale" nonché condizionato dalla recente approvazione della Seconda direttiva bancaria¹⁹, che con il principio del "mutuo riconoscimento" sembrava adombrare aperture del sistema ben più ampie di quante le Autorità di vigilanza fossero disposte a riconoscere; e ciò si può meglio comprendere se si ripercorrono i tratti salienti della disciplina contenuta nella legge n°287 del 1990.

Secondo il complesso di regole introdotte con gli articoli 27 e seguenti della legge n°287 del 1990, è l'autorizzazione per l'acquisizione di partecipazioni superiori al 5% del capitale degli enti creditizi nonché per le successive variazioni, in aumento o anche in diminuzione, superiori al 2%. In via di principio solo gli enti creditizi e le entità finanziarie "pure" (non collegate cioè ai "soggetti diversi" di cui all'art.27, co.6) possono detenere il controllo di un ente creditizio, ma la necessaria autorizzazione può essere tuttavia rilasciata a condizione che non si abbia un'influenza dominante pregiudizievole per la neutralità allocativa e gestionale dell'ente creditizio. E' comunque necessaria la sottoscrizione del c.d. protocollo di autonomia, ossia l'impegno a <non porre in essere, in virtù della propria partecipazione al capitale della banca, atti o comportamenti contrari alle esigenze di autonomia gestionale dell'ente partecipato nonché all'interesse dei depositanti>; la Banca d'Italia ha inoltre <facoltà di richiedere, anche caso per caso, l'assunzione di ulteriori più specifici impegni>²⁰; infine, i limiti di fido, per conflitti di interesse, si applicano ai soci che detengano partecipazioni superiori al 5% del capitale dell'ente creditizio o che partecipino ai sindacati di cui all'art.27, co.2, della legge. Quanto ai c.d. "soggetti diversi"²¹, individualmente non possono acquisire che quote di minoranza, ossia non superiori al 15% e comunque non di controllo, né possono, a questi fini,

19) La direttiva n°646 del 15 dicembre 1989 <relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifiche della direttiva 77/780/CEE>.

20) D. m. 5 giugno 1991.

21) Ossia, secondo il d.m. 5 giugno 1991, coloro che svolgono attività imprenditoriale in settori non creditizi e non finanziari.

legare le proprie azioni in sindacato di voto; con l'ulteriore specificazione, particolarmente significativa, che ciascuno dei soci partecipanti al sindacato di voto <è considerato controllante>.

Risulta evidente, rispetto ai precedenti storici, il carattere innovativo di questa disciplina. I criteri indicati dal legislatore per dell'autorizzazione testimoniano di un'esigenza di salvaguardia dell'indipendenza sentita in maniera molto forte; l'atto amministrativo risulta, così, ampiamente discrezionale. Il divieto di (autorizzazione all'assunzione di) partecipazioni di controllo da parte dei "soggetti diversi" conduce poi alla separazione tra due poteri economici, la finanza, da una parte, e l'esercizio (inteso in termini di influenza determinante sulla gestione dell'impresa) di altre attività imprenditoriali dall'altra. Si tratta di una regola che non sembra trovar direttamente ragione nell'esigenza di salvaguardia della stabilità patrimoniale dell'ente creditizio: non si spiegherebbero né il diverso trattamento riservato al controllo in mano pubblica²² (ché in stretto diritto il patrimonio dello Stato non garantisce obbligazioni degli enti creditizi pubblici, non v'è insomma la *Gewährträgerhaftung* tedesca), né il fatto che non si sia scelta la strada più semplice di lasciare all'Autorità di vigilanza la valutazione caso per caso, ma si sia piuttosto optato per un divieto assoluto.

Non è invero utile discutere oltre, con maggiore dettaglio, della disciplina contenuta nella legge n°287 del 1990, che è stata, almeno in parte, superata²³ con le norme emanate in attuazione della Seconda direttiva bancaria, ossia con gli articoli da 16 a 20 del d.lgs. n°481 del 14 dicembre 1992, ed ancora leggermente corretta con le norme di cui agli articoli da 19 a 25

22) In conseguenza della particolare nozione di "controllo" adottata dal legislatore (differente -sul punto in maniera decisiva- da quella di cui all'art.7 della medesima legge), rimaneva ferma per la mano pubblica la possibilità, di fatto preclusa ai privati, di esercitare il controllo in virtù del diritto di nominare gli amministratori dell'ente creditizio anche in assenza di una partecipazione (diritto pienamente confermato, nel medesimo periodo, dalla legge n°218 del 1990, anche per il caso di modificazioni strutturali che lascino emergere una partecipazione cui la nomina sia da ricondurre). Inoltre, la disciplina transitoria (art.27, co.7, della legge n°287 del 1990) stabilisce il diritto dello Stato e degli enti pubblici di detenere le partecipazioni attuali, mentre le partecipazioni detenute dai privati sono soggette all'autorizzazione discrezionale dell'Autorità competente.

23) T. DIBIASE-A. MAGLIOCCO, sub *Art.19*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova 1994, p.122s., dopo aver posto in luce la complessità e la "macchinosità" del complesso normativo della legge n°287 del 1990, convengono che all'esigenza di razionalizzazione del sistema, posta in luce da un articolato dibattito dottrinario, abbia provveduto il d. lgs. n°481 del 1992 (artt.16ss.)

del Testo unico.

Esaminiamo dunque questa disciplina, secondo la ripartizione dei temi prospettata nel primo paragrafo, e nell'occasione si potranno recuperare alcuni dei temi più ampiamente dibattuti già con riguardo alla disciplina contenuta nella legge n°287 del 1990.

3. La trasparenza delle partecipazioni rilevanti.

La disciplina in tema di *trasparenza* delle partecipazioni rilevanti non propone particolari problemi. Come visto, le regole di vigilanza prevedono obblighi di comunicazione a carico dei soci e poteri di acquisizione di informazioni della Banca d'Italia.

Gli *obblighi di comunicazione* ricorrono, secondo le Istruzioni della Banca d'Italia²⁴, in caso di incremento della partecipazione che comporti il superamento del 25%, 40%, 45%, 55% e successivi multipli di 5 sino al 100% del capitale della banca nonché in caso di decremento della partecipazione al di sotto di ciascuna delle predette soglie; ferma restando <la facoltà della Banca d'Italia di fissare soglie percentuali inferiori... nel caso in cui il capitale delle banche sia caratterizzato da un elevato frazionamento²⁵. Restano escluse dall'obbligo di comunicazione le azioni non aventi diritto di voto; in caso di separazione tra proprietà e voto, entrambi gli interessati sono tenuti alla comunicazione; in caso di partecipazione indiretta, la comunicazione è dovuta dal soggetto posto al vertice della catena partecipativa e dal soggetto che detiene direttamente le azioni della banca. La comunicazione deve essere effettuata <entro il termine di trenta giorni dal perfezionamento dell'operazione che ha determinato la variazione>; in caso di aumento di capitale, il termine decorre dall'<iscrizione nel registro delle imprese dell'attestazione dell'avvenuta variazione>.

Alla Banca d'Italia devono essere comunicate anche le convenzioni di voto, nel termine di cinque giorni dalla stipulazione.

Il potere della Banca d'Italia di acquisire *informazioni* si rivolge (secondo l'art.21 T.U.) alle banche e alle società ed enti che partecipano al capitale delle banche, cui può chiedere l'indicazione nominativa dei soci

24) Vedi nota 1.

25) Secondo le citate Istruzioni <l'elenco di tali banche e le soglie di rilevanza sono pubblicati in Gazzetta Ufficiale>.

della banca; agli amministratori delle società e degli enti che partecipano al capitale delle banche, cui può chiedere l'indicazione delle società e degli enti controllanti; alle società fiduciarie intestatarie di partecipazioni in banche, cui può chiedere le generalità dei fiducianti.

4. Il controllo della *qualità* dei partecipanti.

La disciplina in tema di assetti proprietari delle banche attribuisce, come visto, alla Banca d'Italia il compito di valutare la *qualità* degli azionisti avendo essenzialmente riguardo al criterio della "sana e prudente gestione" delle aziende interessate (art.19, co.4, T.U.).

È soggetta all'autorizzazione preventiva²⁶ della Banca d'Italia l'acquisizione di partecipazioni superiori al 5% del capitale della banca ovvero, secondo le disposizioni di attuazione²⁷, ogni incremento che dia luogo al superamento delle soglie del 10%, 15%, 20%, 33% e 50%²⁸ nonché l'acquisizione del controllo della banca stessa, indipendentemente dall'entità della partecipazione. Quanto alle categorie degli obbligati per i casi di separazione tra proprietà e diritto di voto ovvero di acquisizione di partecipazioni indirette, sono disposte regole simili a quelle, di cui si è dato

26) Dovendosi chiedere l'autorizzazione in via preventiva, nelle Istruzioni della Banca d'Italia (v. nota 1) è detto che «i contratti da cui derivi l'acquisizione di una partecipazione rilevante... vanno... subordinati alla condizione che la Banca d'Italia rilasci l'autorizzazione prevista»; ove l'acquisizione derivi invece da atti di liberalità o avvenga per successione, l'esercizio del diritto di voto rimane sospeso fino al rilascio dell'autorizzazione della Banca d'Italia.

27) Oltre alle Istruzioni della Banca d'Italia (v. nota 1), va ricordata la delibera 19 aprile 1993 del CICR (in G.U. n°117 del 21/5/1993).

28) Da notare che non è più soggetta ad autorizzazione *ex parte venditoris* la riduzione della partecipazione autorizzata oltre il 2%, autorizzazione richiesta dall'art.27, co.4, della legge n°287 del 1990: non era in effetti chiaro in quale misura detta operazione potesse minare "l'indipendenza dell'ente creditizio", né cosa dovesse in concreto valutare l'Autorità di vigilanza nel decidere dell'istanza. L'obbligo in questione è stato tuttavia rimosso con il d.lgs. n°481 del 1992. È tuttavia opportuno segnalare che, secondo le Istruzioni di vigilanza emanate in attuazione del citato d.lgs. n°481 (v. nota 1), è «opportuno che i soggetti che intendono cedere la propria partecipazione (superiore al 5%) nel capitale di una banca, anche se non sono tenuti a richiedere l'autorizzazione, informino la Banca d'Italia in ordine al progetto di dismissione», fermo restando l'obbligo eventuale di autorizzazione che per legge grava direttamente sugli acquirenti.

sopra conto, relative agli obblighi di comunicazione. Da segnalare che non sono tenuti a richiedere l'autorizzazione il Ministero del tesoro e gli enti pubblici per l'acquisizione di partecipazioni da realizzare in forza di specifiche disposizioni di legge²⁹.

Per il rilascio dell'autorizzazione la Banca d'Italia <tiene conto delle qualità dei soggetti richiedenti anche in connessione alla situazione in cui versa l'ente creditizio interessato nonché dei rapporti che tali soggetti possono porre in essere con l'ente medesimo. A tal fine, i soggetti richiedenti sono tenuti a comprovare, oltre il possesso dei requisiti di onorabilità, l'affidabilità della loro situazione finanziaria nonché la correttezza dei comportamenti nelle relazioni d'affari, nei casi e secondo le modalità indicate dalla Banca d'Italia. Possono altresì assumere rilievo gli eventuali legami di qualsiasi natura - anche familiari e associativi- tra il richiedente e altri soggetti che si trovino in situazioni tali da compromettere le condizioni sopra indicate>³⁰; sono <presi in considerazione i rapporti con il soggetto richiedente l'autorizzazione ha in essere con gli altri partecipanti al capitale della banca>, devono essere indicate <le fonti di finanziamento che il soggetto intende eventualmente attivare per la realizzazione dell'operazione> e assumono altresì <rilevanza i rapporti di indebitamento che il soggetto abbia in essere con la banca di cui intende acquisire la partecipazione>³¹.

Quanto ai requisiti di onorabilità, ai sensi dell'art.25 T.U. sono stabiliti in apposito regolamento del Ministro del tesoro³². Quanto agli altri elementi di valutazione, essi sono effettivamente individuati in maniera tale da lasciare significativi margini alla discrezionalità amministrativa, ma - a mio avviso- in un contesto assolutamente "ragionevole". Alcuni elementi di valutazione appaiono assai generici ma esprimono in realtà concetti che hanno una consolidata tradizione giuridica: penso in particolare alla "cor-

29) Così le Istruzioni della Banca d'Italia (v. nota 1).

30) Così la delibera CICR 19 aprile 1993, cit..

31) Così le Istruzioni della Banca d'Italia (v. nota 1), ove si precisa che <l'esposizione della banca nei confronti del soggetto richiedente l'autorizzazione non può eccedere i limiti previsti dalla disciplina di vigilanza per gli azionisti rilevanti in materia di rischi creditizi di concentrazione (20% del patrimonio della banca cui si riferisce la partecipazione)>.

32) Il Regolamento non è stato ancora emanato; si applicano nelle more, ai sensi dell'art.161 T.U., le regole di cui al D.P.R. n°350 del 1985. Sulle ragioni della scelta normativa dello strumento regolamentare e sulle caratteristiche del regolamento medesimo si vedano T. DI BIASE-A. MAGLIOCCO, sub Art.25, in *Commentario al Testo unico*, cit., p.155s..

rettezza dei comportamenti nelle relazioni di affari”, che trova importante applicazione nella disciplina della concorrenza sleale (art.2598, n°3, c.c.)³³. Altri elementi appaiono inevitabilmente dai labili confini, ma per altri ancora le soluzioni individuate appaiono particolarmente efficaci: penso al requisito della “affidabilità patrimoniale”-logicamente necessario per un socio significativo di una banca- opportunamente proposto sotto forma di rivelazione delle fonti di finanziamento dell’operazione.

Giova da ultimo segnalare che l’acquisto di una partecipazione superiore al 15% o comunque di controllo comporta l’obbligo per l’acquirente di sottoscrivere un “protocollo di autonomia”; comunque <rimane ferma la possibilità per la Banca d’Italia di estendere l’obbligo di sottoscrizione del protocollo anche ai soggetti che intendono acquisire partecipazioni inferiori al 15% o di richiedere, caso per caso, l’assunzione di ulteriori e più specifici impegni qualora emergano situazioni di pericolo per l’autonomia gestionale della banca partecipata>³⁴.

5. *Segue: La nozione di “controllo”.*

La nozione di “controllo” rappresenta indubbiamente un punto centrale della disciplina, che ha costituito oggetto di ampio dibattito con riferimento alla norma introdotta con la legge n°287 del 1990, invero consistentemente e opportunamente corretta con la legge n°481 del 1992 di attuazione della Seconda direttiva bancaria³⁵.

La nozione di controllo è stata anzitutto ricondotta al codice civile e sono state recepite le presunzioni relative di “influenza dominante” già previste dall’art.26 del d. lgs. n°356 del 1990; soprattutto, è stata eliminata la

33) Certamente non è facile “comprovare” la propria correttezza professionale, come vorrebbe l’Autorità di vigilanza, ma indubbiamente sarebbe possibile documentare la propria appartenenza ad una data categoria professionale e dedurre, fino a prova contraria, l’inesistenza di procedimenti che evidenziano inadempimento dei doveri comuni alla categoria.

34) Così nelle Istruzioni della Banca d’Italia (v. nota 1), che propongono un modello di “protocollo” ed opportunamente esentano dall’obbligo relativo <le banche nazionali e comunitarie, le società capogruppo e le componenti dei gruppi creditizi>.

35) Secondo A. PATRONI GRIFFI, *Le modificazioni al regime delle autorizzazioni alla costituzione e all’assunzione di partecipazioni*, in AA.VV. *Il recepimento della seconda direttiva CEE in materia bancaria*, Bari, 1993, p.16, la disciplina meno rigorosa, introdotta con il decreto legislativo di attuazione della direttiva non è compatibile con le regole stabilite nella legge n°142 del 1992, con la quale era stata conferita delega al Governo.

disposizione -a ragione non poco criticata- secondo cui tutti gli aderenti al sindacato di voto si consideravano "controllanti"³⁶, sostituita dalla regola secondo cui si presume, salvo prova contraria, il controllo ove vi sia <un soggetto che, in base ad accordi con altri soci, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori ovvero dispone *da solo* della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria> (art.19, co.2, n°1; il corsivo è mio).

Mi limito a queste brevi notazioni. Lo spazio di queste note non consente un ulteriore approfondimento della problematica.

6. Le sanzioni.

Alcune rapide considerazioni sulle sanzioni d'ordine civilistico previste dalla disciplina, sanzioni riferentesi ad ipotesi di omessa comunicazione, di assenza dei requisiti di onorabilità, di assenza di autorizzazione.

Il legislatore ha confermato nel Testo Unico il meccanismo sanzionatorio consistente nel divieto di esercizio del diritto di voto per le azioni in relazione alle quali non si sia ottenuta la prescritta autorizzazione della Banca d'Italia³⁷ ovvero non siano state effettuate le prescritte comunicazioni³⁸.

L'esercizio del diritto di voto in violazione del divieto rende la deliberazione impugnabile ai sensi dell'art.2377 c.c., anche da parte della Banca d'Italia, ove il voto sia risultato determinante ai fini dell'adozione della

36) La regola del "controllo congiunto" sembra fosse ispirata ad evitare <il pericolo che più industriali, attraverso un patto di sindacato, potessero aggirare il divieto> (v. T. DI BIASE-AMAGLIOCCO, sub *Art.19*, in *Commentario al Testo unico*, cit., p.126). Senonché, l'esser stata proposta come regola generale in tema di "controllo" ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi, soprattutto con riguardo alla sua applicabilità nella catena partecipativa (v. al riguardo P.G. MARCHETTI, *Gruppo e controllo nella disciplina delle SIM*, in *Riv. soc.* 1991, p.221ss. e G. VISENTINI, *La rilevanza della partecipazione a sindacati di voto nella configurazione del gruppo SIM*, *ivi*, p.240ss.

37) Le Istruzioni hanno chiarito che l'esclusione dall'esercizio del diritto di voto riguarda esclusivamente le azioni possedute in eccedenza rispetto alla soglia immediatamente successiva a quella per la quale la partecipazione è stata autorizzata.

38) Le Istruzioni hanno chiarito che il divieto di esercizio del voto trova applicazione solo ove alla data dell'assemblea non siano state ancora eseguite le comunicazioni, mentre non si applica al caso di comunicazioni tardive ma antecedenti l'assemblea.

delibera.

Da segnalare la particolare sanzione connessa alla stipulazione di accordi da cui <derivi una concertazione del voto tale da pregiudicare la gestione sana e prudente della banca>: ai sensi dell'art.25, co.2, la Banca d'Italia può sospendere il diritto di voto dei soci partecipanti all'accordo stesso.

Infine, è stabilito l'obbligo di alienazione delle azioni possedute da soggetti non bancari e non finanziari in violazione dei limiti consentiti; per questo specifico aspetto rinvio alla trattazione di cui al paragrafo seguente.

7. La c.d. separazione tra banca e industria.

Nel contesto sinora esaminato la c.d. separazione tra banca e industria rappresenta un elemento in certo qual modo incoerente, che pone a mio avviso problemi di non poco momento con riferimento alla disciplina comunitaria. In effetti, pur appartenendo indubbiamente al sistema degli assetti proprietari, questo (che ho individuato come terzo distinto livello di intervento non appare diretta espressione dell'esigenza di controllo della "sana e prudente gestione" della banca; né, soprattutto, appare conforme al modello di controlli inteso dal legislatore comunitario con la Prima e la Seconda direttiva bancaria.

Ribadisco che il divieto ai "soggetti che svolgono in misura rilevante attività d'impresa nei settori non bancari né finanziari"³⁹ di assumere partecipazioni superiori al 15% sembra esulare dal terreno della vigilanza prudenziale a fini di stabilità della banca. La norma sulla separazione tra l'esercizio dell'impresa bancaria e l'esercizio di altre imprese -comune-

39) La delibera CICR del 19 aprile 1993, *cit.*, chiarisce che <il divieto non si applica qualora il soggetto richiedente provi che le attività svolte direttamente, diverse da quelle creditizie o finanziarie, non eccedono il 15% del totale delle attività svolte direttamente... Nel caso in cui il soggetto richiedente abbia -anche per il tramite di società controllate-partecipazioni di controllo in società, deve essere inoltre rispettata la condizione che la somma degli attivi delle società non creditizie o non finanziarie controllate non ecceda il 15% della sommatoria dell'attivo del soggetto richiedente e di tutte le società da esso controllate>. Le Istruzioni della Banca d'Italia (v. nota 1) contengono ulteriori specificazioni e chiarimenti con riguardo ai criteri di calcolo delle percentuali e degli attivi detti.

mente, con formula riduttiva, definita in termini di “separazione tra banca e industria”- afferma un peculiare principio di indipendenza dell’impresa bancaria: la finalità del divieto appare in definitiva quella di prevenire un’eccessiva concentrazione di potere economico (controllo democratico dell’economia), tenuta presente la peculiare portata del potere economico costituentesi nella banca.

Non interessa qui discutere se sia o meno opportuna una separazione della banca dall’industria, se sia cioè effettivamente pernicioso per la banca essere gestita da amministratori nominati da soggetti che esercitano anche altre imprese non finanziarie: il modello italiano appare sostanzialmente unico, isolato nel panorama europeo⁴⁰, ma ciò non basta a rendere

40) Si considerino le esperienze francese e tedesca. Il legislatore *francese* non ha stabilito limiti massimi all’assunzione di partecipazioni al capitale di banche; la partecipazione è tuttavia soggetta ad autorizzazione, o, secondo i casi, a comunicazione. E’ soggetta ad autorizzazione preventiva (secondo l’art.5, co.1, del *Règlement* 90-11 del *CRB*) l’assunzione o la cessione di partecipazioni in un ente creditizio qualora l’operazione abbia l’effetto diretto o indiretto di permettere a una persona o ad un gruppo di persone di acquisire o perdere il potere effettivo di controllo sulla gestione dell’ente, di acquisire o perdere un terzo o un quinto dei diritti di voto, oppure di acquisire un decimo dei diritti di voto, salvo che la persona o le persone non appartengano al gruppo che ha già il potere effettivo di controllo; si ha “gruppo di persone” nel caso di accordo concluso al fine di acquisire o di cedere diritti di voto, o al fine di esercitare diritti per porre in essere una politica comune riguardo all’ente; si considerano come “gruppo” le partecipazioni assunte da una società e dal Presidente del suo Consiglio di Amministrazione (o dai suoi direttori) o da una società e dalle sue controllate o ancora da una persona e dalle società da questa controllate (art.7 del *Régl.* cit.). E’ soggetta a comunicazione preventiva ogni operazione avente per effetto di permettere ad una persona (o a più persone insieme) di acquisire un ventesimo dei diritti di voto (art.5, co.2, del *Régl.* cit.). L’autorizzazione, aspetto che qui più interessa, non è insomma ordinata ad assicurare separazione tra banca e industria né genericamente l’indipendenza dell’ente creditizio, ma a verificare la capacità patrimoniale del socio. La qualità del socio, che l’amministratore deve (secondo l’art.15 della legge bancaria) verificare, si esprime appunto nella sua solidità finanziaria (si consideri, per meglio comprendere questo profilo, che la legge bancaria francese dispone all’art.52 una responsabilità sussidiaria dei soci, attivabile per provvedimento dal Governatore; di qui allora l’esigenza di un penetrante controllo sulla solvibilità dei soci). E’ criterio adottato dal legislatore francese nel quadro di quelle misure che la Seconda direttiva in materia bancaria lascia agli Stati per assicurare una gestione “sana e prudente” dell’impresa bancaria. Risulta chiaro l’approccio del legislatore se si considera che la questione riguarda esclusivamente il partecipante al capitale dell’ente e non

inaccettabile la scelta “politica”; è un tema ampiamente dibattuto⁴¹. Né parimenti interessa affrontare un'altra questione che la disciplina propone, ossia il diverso regime adottato con riguardo alla partecipazione pubblica, ch  in realt  la separazione tra i detti poteri economici non vale parimenti per le partecipazioni assunte dalla mano pubblica⁴². E ancora, tralascio di affrontare la novit  che la disciplina propone con riguardo al modo tradizionale di intendere la c.d. separazione tra banca e industria, quella che secondo la delibera CICR del 27 marzo 1987 rappresentava <uno dei criteri ispiratori del sistema bancario italiano>: effettivamente detta separazione era sempre stata intesa come “bifronte”, anche cio  (e, direi, soprattutto) come divieto per le banche di assumere interessenze significative, per ci  rischiose, nelle imprese non finanziarie; nel sistema attuale la separazione

anche i soggetti cui “a monte” si riconduce il controllo. In effetti,   la solidit  patrimoniale di questo che interessa (in questi termini va inquadrata la previsione di una autorizzazione anche per la cessione) e non quella della persona fisica che in ultimo abbia il controllo dell'ente. Ignorare quest'ultima, e in genere le societ  attraverso cui si articola il gruppo riconducibile alla persona fisica, significa non prendere in considerazione il problema della separazione tra banca e industria. Il legislatore *tedesco* non ha previsto disposizioni restrittive in ordine all'acquisto di partecipazioni, rilevanti o di controllo, nell'impresa bancaria. Ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attivit  creditizia   richiesto che l'istante sia persona affidabile (§ 33, co.1, *KWG*) con ci  sostanzialmente facendosi riferimento all'onorabilit  della persona. A presidio di una gestione prudente dell'impresa bancaria sono poste disposizioni a tutela dei fidi concessi ai partecipanti al capitale (§ 15 *KWG*). Non vi sono norme che limitino la partecipazione al capitale di enti creditizi da parte di imprese non finanziarie. Per altro verso,   consentito agli enti creditizi acquisire partecipazioni in tali imprese, purch  con l'osservanza delle cautele indicate dalla legge (essenzialmente a tutela del capitale proprio di garanzia; v. § 12a *KWG*); l'acquisto deve essere comunicato senza indugio all'Ufficio federale di vigilanza (*BAK*), che pu  ordinare la dismissione della partecipazione qualora le cautele di legge non risultino osservate.

41) Rinvio, per l'efficace sintesi del dibattito, a E.TONELLI, *op. cit.*, p.298ss., *ivi* anche ulteriori riferimenti bibliografici.

42) Ricordo che sono esentati dall'obbligo di autorizzazione il Ministero del tesoro e gli enti pubblici per le operazioni di acquisizione di banche da realizzare in forza di specifiche disposizioni di legge (cos  le Istruzioni della Banca d'Italia, *cit.*). G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p.303, osserva tuttavia che <i dubbi di violazione degli artt.3 e 41 cost., per disparit  di trattamento fra capitale pubblico e privato, inizialmente affiorati, sono sostanzialmente caduti con la soppressione nel 1992 della clausola della legge Amato (art.2, co.1, *let.d*) volta a garantire la permanenza del controllo pubblico sulle societ  risultanti dalla ristrutturazione degli enti pubblici creditizi>.

vale principalmente con riferimento all'assetto proprietario della banca⁴³, dunque la separazione tra i due poteri sembra correre a senso unico. Si tratta di temi rilevanti, che tuttavia rischiano di far esorbitare dall'economia del presente lavoro e, soprattutto, appartengono alla sfera delle scelte "politiche", delle ragioni di opportunità.

A me sembra che la disciplina in questione non ponga solo questioni di opportunità delle soluzioni adottate, ma un serio dubbio di legittimità comunitaria.

Al riguardo è opportuno prendere le mosse dall'art.52, co.2, del Trattato CE, che intende assicurare la libertà di stabilimento anche nella forma societaria, subordinandola solo alle <condizioni stabilite> nel paese di stabilimento. Considerato che l'attività bancaria può essere svolta solo in forma di società (condizione primaria stabilita dal legislatore italiano e ribadita in attuazione della Prima direttiva bancaria), sembra potersi ritenere che là dove si stabilisce un divieto di acquisire controllo dell'ente non venga solo dettata una "condizione" di stabilimento, ma venga di fatto negata la libertà di stabilimento, sotto forma appunto del diritto di costituire e gestire un'impresa bancaria con sede in Italia.

Questa conclusione trova pieno conforto nella Prima direttiva bancaria, la quale, <al fine di facilitare l'accesso all'attività degli enti creditizi ed il suo esercizio>, ritiene <necessario eliminare le differenze più sensibili

43) D. LUCARINI, *op. cit.*, p.174, osserva, in relazione al rapporto banca-industria, che <quel principio di separatezza che informava il precedente ordinamento bancario viene in pratica riproposto permettendo l'assunzione di interesse solo entro determinati limiti, imposti dalla legge per le partecipazioni industriali nelle banche, dalla normazione secondaria per le partecipazioni bancarie nelle imprese. Non è semplice individuare il perché di queste due differenti discipline, l'una legislativa e quindi più rigida, l'altra regolamentare e quindi più facilmente modificabile. La ragione potrebbe essere ravvisata ... nel grado di maggiore pericolosità delle partecipazioni delle industrie nelle banche, soprattutto in considerazione dell'attuale privatizzazione delle banche, fortemente interessate a reperire nuovi fonti di capitale di rischio, e della potenza finanziaria di alcuni grandi gruppi industriali, interessati ad una diversificazione dei loro investimenti>. Gli è che le Istruzioni della Banca d'Italia in materia di partecipazioni delle banche e dei gruppi bancari (in G.U. n°269 del 16/11/1993) contengono regole volte a consentire <nuove opportunità nel campo dell'assistenza finanziaria alla clientela, rendendo possibile alle banche la sottoscrizione del capitale di rischio delle imprese>, fermo restando che <le banche assumono partecipazioni nel comparto non finanziario entro limiti determinati rispetto al: patrimonio di vigilanza, con riferimento alla singola partecipazione e al complesso delle partecipazioni; capitale della società partecipata>.

tra le legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda il regime al quale detti enti sono sottoposti> (secondo considerando) e, prendendo atto della necessità di procedere comunque per tappe successive (terzo considerando), afferma la tendenziale uniformità della disciplina <sia per proteggere il risparmio che per creare condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra tali enti>. La disciplina italiana viola, a mio avviso chiaramente, lo spirito della direttiva (tanto per la parte riferibile alla costituzione dell'ente, quanto con riguardo all'acquisizione del controllo in un momento successivo): si è spostato sui soci della società bancaria un regime di divieto che, proprio grazie alla Prima direttiva, era caduto con riferimento all'accesso all'attività bancaria (mi riferisco ai divieti di cui alla delibera CIRC del 1966)⁴⁴; sono introdotte restrizioni e limitazioni che, non avendo eguali in Europa, divergono nettamente dall'obiettivo di armonizzazione (per il quale si avviava nel 1977 il coordinamento previsto dalla direttiva); il particolare regime di favore per la mano pubblica si risolve, inoltre, in un'alterazione delle condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra gli enti.

Si vorrebbe ritrovare nella Seconda direttiva bancaria la possibilità di introdurre restrizioni alla partecipazione al capitale delle banche, del tipo di quelle oggetto della regolamentazione italiana. Ciò, in particolare, in quanto l'art.5 della direttiva, nel dettare disposizioni relative alla <armonizzazione delle condizioni di autorizzazione> ha previsto l'obbligo di comunicazione all'Autorità competente dell'identità dei soci, diretti e indiretti, che detengono una partecipazione qualificata nell'ente e la possibilità di rifiuto dell'autorizzazione <se, per tener conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, esse non sono soddisfatte della qualità di detti azionisti o soci>; l'art.11, a sua volta, nel dettare disposizioni relative alla <armonizzazione delle condizioni di esercizio dell'attività>, dispone la comunicazione preventiva dell'intenzione di acquisire una partecipazione qualificata e la possibilità per le autorità com-

44) Una diversa interpretazione, in virtù della quale si ritenesse cioè che le regole sull'autorizzazione della direttiva valgano per il soggetto "ente creditizio" e non per i suoi soci, porterebbe a stravolgere la portata della norma, risolvendosi comunque in una capziosa speculazione sul fatto che l'ente creditizio deve per legge essere persona giuridica (società) e dimenticando che la direttiva va interpretata nel quadro dell'art.52, co.2, del Trattato CE, ove si equiparano gli enti alle persone fisiche, naturalmente titolari dell'iniziativa economica.

petenti di <opporci a detto progetto se, per tener conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, non sono soddisfatte della qualità delle persone>; nel nono considerando, inoltre, si trova affermato che <lo stato membro d'origine può emanare disposizioni più severe di quelle fissate agli articoli 4, 5, 11, 12 e 16 per quel che riguarda gli enti autorizzati dalle proprie autorità competenti>⁴⁵.

Pur tuttavia, la Seconda direttiva si inserisce nel medesimo filone tracciato dalla Prima direttiva (così, testualmente, nel secondo considerando) e la portata della dichiarazione del nono considerando sembra vada colta alla luce del contesto in cui si inserisce. Con la direttiva si vuole in sostanza realizzare il principio del mutuo riconoscimento (tredicesimo considerando), talché, assicurate condizioni minimali, finisce in secondo piano la questione dell'eventuale maggior rigidità delle misure adottate da alcuno degli Stati membri per le "proprie" banche. Tuttavia, tale maggior severità non potrebbe aversi in modo da creare un regime del tutto peculiare all'interno di un paese, poiché l'intento finale dichiarato dalla direttiva è quello di realizzare la *armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente* per pervenire ad un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale> (quarto considerando). Del resto, ancorché destinata ad operare con riguardo ai propri enti, la maggior severità di un legislatore, se non contenuta entro i limiti del quadro tracciato nell'evoluzione dalla Prima alla Seconda direttiva, non rimarrebbe privo di effetto sul profilo del mutuo riconoscimento, perché, se davvero tutti gli Stati potessero, in ossequio a politiche essenzialmente autarchiche, far uso di regole indefinitamente più severe, si aprirebbe una spirale a catena, capace in potenza di pregiudicare la libera circolazione delle iniziative, ossia le condizioni di effettiva libera concorrenza (obiettivo espresso, come visto, dalla Prima direttiva, al quinto considerando), e la stessa "filosofia" del mutuo riconoscimento, che poggia necessariamente su un'armonizzazione a livelli equilibrati con le esigenze comuni di protezione del risparmio e tutela della

45) Secondo T. DI BIASE-A. MAGLIOCCO, sub *Art.19*, in *Commentario al Testo unico*, cit., p.123, effettivamente <nell'opera di armonizzazione della normativa nazionale a quella comunitaria, il legislatore delegato si è avvalso della possibilità riconosciuta ai singoli stato membri (IX considerando della direttiva 89/646 CEE) di adottare su tale materia una disciplina più severa>. Della stessa opinione, fra gli altri, F. BELLI-V. SANTORO, *op. cit.*, p.294.

concorrenza⁴⁶.

Le condizioni che la Seconda direttiva richiede per l'autorizzazione con riferimento ai soci dell'ente sono in definitiva ancorate alla finalità dichiarata agli artt.5 e 11 (i soli, fra l'altro, ad aver portata dispositiva, che essa manca certamente al nono considerando), ossia alla tutela di una "gestione sana e prudente della banca". Le misure più severe consentite agli Stati membri al nono considerando si giustificano solo in funzione e nei limiti di queste finalità⁴⁷. A queste finalità appare estranea la regola relativa alla "separazione tra banca e industria" che, si è visto, risponde piuttosto all'esigenza di tenere separati due distinti poteri economici⁴⁸. Tale estraneità risulta viepiù evidente se si considera che la Seconda direttiva contempla

46) È essenzialmente per questi motivi che a F. MUNARI, *La legge n°287/1990 ed i suoi rapporti col diritto comunitario. Primi appunti*, in *Riv. comm. int.* 1991, I, p.198, la "disparità" di trattamento che in virtù della normativa italiana emerge tra le banche italiane e quelle degli altri Paesi comunitari appare <inutile, poichè l'applicazione delle libertà comunitarie consente non solo a banche di altri Paesi membri, quali che siano i loro titolari, di operare sul mercato italiano, ma anche ad imprese italiane di acquistare, se lo desiderano, quote (di controllo) di tali banche>. A quest'ultimo proposito, l'Autore esclude che la disposizione italiana possa avere una qualche applicazione extraterritoriale, possa cioè operare rispetto a tutte le acquisizioni di qualsiasi ente creditizio, anche straniero, da parte di aziende italiane e aggiunge conclusivamente: <del resto, se ciascuno Stato membro potesse sindacare la compagine sociale degli istituti di credito degli altri Stati membri e subordinare l'applicazione delle libertà comunitarie al "gradimento" espresso al riguardo dalle rispettive "autorità competenti", il conclamato *home country control* previsto dalla direttiva come principio cardine della liberalizzazione intracomunitaria dei servizi bancari e finanziari si ridurrebbe a ben poca cosa>.

47) Secondo G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p.302s., la scelta dell'ordinamento italiano di consentire al capitale industriale solo partecipazioni di minoranza nelle banche è <certamente estranea alla direttiva comunitaria> e <non trova riscontro negli ordinamenti degli altri paesi più significativi della CEE, sia prima, sia dopo l'attuazione della seconda direttiva bancaria>, ma detta <più rigida opzione italiana non può ritenersi in contrasto con la disciplina comunitaria, dato che il nono considerando della seconda Direttiva consente espressamente agli Stati membri di emanare disposizioni più severe>; sì che, in definitiva, secondo l'Autore, <la scelta italiana... più che dubbi di legittimità comunitaria o costituzionale, può sollevare un problema di opportunità, dato che la concorrenza fra gli ordinamenti nazionali, innescata dal principio del mutuo riconoscimento, finisce inevitabilmente con lo stimolare la fuga dall'ordinamento più rigoroso>.

48) Da notare che la Seconda direttiva si occupa dei rapporti tra banche e industrie con esclusivo riguardo agli investimenti delle prime nelle seconde (v. art.12).

comunque un controllo caso per caso⁴⁹, mentre la legge italiana afferma *ex ante* il divieto di superamento della soglia indicata, senza riguardo alla fattispecie concreta, ossia all'esistenza nel caso concreto di elementi che lasciano supporre pericolo per l'esigenza di sana e prudente gestione della banca⁵⁰.

49) Anche secondo F. MUNARI, *op. cit.*, p.199, n°92, <un esame complessivo del... citato art.11, ed in particolare del par.5, sembra far ritenere che, in realtà, il potere delle "autorità competenti" di negare il rilascio di autorizzazioni e/o di opporsi all'acquisizione del controllo di enti creditizi sia da intendere (anche da parte delle "più severe" norme nazionali), come un potere discrezionale da esercitarsi caso per caso, piuttosto che un divieto generale *ex lege*> come quello di cui alla normativa italiana.

50) È stato evidenziato che la norma di cui all'art.19, co.7, T.U. esprime invero una scelta del legislatore <più vicina all'orientamento comunitario che, in luogo di giudizi a priori sulla natura dei soggetti, privilegia l'esame sulle situazioni concrete che vengono a determinarsi nell'assetto azionario delle banche> (T. DI BIASE-A. MAGLIOCCO, sub *Art.19*, in *Commentario al Testo unico*, cit., p.127); si è da altri precisato che <la norma... rafforza, ma nel contempo rende più duttile il principio di separatezza fra banca e industria, anche perchè si salda col potere della Banca d'Italia di indagare sull'effettiva portata di tutti gli accordi di voto conclusi... Si recupererà così, rispetto alla partecipazione complessiva del settore industriale nella singola banca, quella flessibilità di valutazione e di sanzioni che il legislatore italiano ha invece negato rispetto alla singola partecipazione finanziaria non di controllo> (G.F. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p.306s.). Non mi sembra tuttavia che ciò valga a riportare il complesso delle soluzioni adottate nell'alveo del sistema delineato dalla disciplina comunitaria, per tutte le considerazioni di cui al testo.