

Il governmento delle società per azioni: il caso delle banche

GUSTAVO VISENTINI

1. Premessa: l'importanza di stabilire la concezione della società esercitante il credito

Per l'interprete, e così per il legislatore, è importante stabilire la concezione dell'istituto giuridico che viene in considerazione, che nel nostro caso è la società per azioni. Per l'interprete la concezione di un istituto è la *ratio* della disciplina, criterio principale per risolvere i dubbi interpretativi e per dare sistemazione alla materia. Per il legislatore la definizione quanto più precisa dell'istituto da regolare è il modo per conservare il dominio della materia e dare qualità alla legge.

In questo caso la concezione da stabilire riguarda la società per azioni, cioè un istituto particolarmente complesso e di importanza fondamentale nelle economie di mercato; un istituto che dal suo imporsi con la rivoluzione industriale ha vissuto due secoli di ricca esperienza di legislazione e di elaborazione dottrinarie e giurisprudenziali; un istituto articolato e differenziato nelle sue manifestazioni secondo le esigenze di settori e materie particolari, sicché a fronte della disciplina di diritto comune, rileviamo discipline speciali.

In questa occasione interessa il confronto della legislazione speciale bancaria con la legislazione comune per porre a raffronto la concezione di diritto comune della società con la concezione che emerge dalla legislazione speciale.

□ Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Roma.

2. Il criterio della *corporate governance* per stabilire la concezione della società per azioni

In questi ultimi tempi, soprattutto su influenza degli ambienti accademici negli Stati Uniti, la discussione sulla concezione della società per azioni è ripresa sotto la formula della *corporate governance*.¹

È una formula che l'ambiente giuridico ha recepito dagli economisti e dai teorici della politica. Va anche precisato che nelle Scuole americane le distinzioni di competenza tra economisti e giuristi sono assai meno nette delle nostre, soprattutto quando si discute della teoria generale e delle concezioni della società per azioni: in sede accademica non è d'uso affrontare questi temi senza una comune cultura, che avvicini alla concretezza delle questioni, cogliendole nei loro diversi profili.

La parola *governance* impiegata per la teoria della società è recente nel linguaggio giuridico nella stessa cultura americana, e perciò sembra voler esprimere una nuova idea, una nuova concezione della società. A mio avviso, questo nuovo impiego della parola sembra esprimere più precisamente un criterio per dare sistemazione alle diverse forze che determinano quello che con termine italiano, di sapore antiquato, potremmo chiamare il governo della società per azioni.²

Impiegato nel contesto giuridico, il criterio che si esprime nel governo della società permette di configurare il potere della società, accentrato nel consiglio di amministrazione, come la risultante non soltanto delle regole di organizzazione della società come persona giuridica, ma anche di altre regole capaci, per la loro portata e importanza, di condizionare istituzionalmente l'assetto societario. Le fonti di queste regole sono le più varie per il loro collocamento tradizionale: discipline del fallimento, tributarie, dei mercati finanziari, e così, per quanto ora interessa, bancarie, specificamente il C.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lgs. 1° settembre 1993 n. 385).

¹ Mi sono occupato di questi problemi nel volume *Argomenti di diritto commerciale*, parte III, "Società per azioni", in corso di pubblicazione.

² Per un uso del termine "governo" nel contesto societario si veda M. Sarcinelli, "Per un capitalismo umanistico", *Micromega*, n. 4, 1996.

Con questo significato che si coglie nell'impiego dell'espressione, *corporate governance* non è l'amministrazione della società, né l'organizzazione della società nel senso tecnico e tradizionale degli organi della persona giuridica: assemblea, amministratori, sindaci (sez. VI del capo V, tit. V del codice civile).

Per il giurista l'espressione *corporate governance* può assumere un significato tecnico se aiuta a cogliere la prospettiva politica dell'istituzione della società per azioni nel contesto complessivo dell'ordinamento giuridico.

Con questo significato il governo della società dà il criterio per ordinare gli interessi coinvolti istituzionalmente nella gestione della società per azioni, cioè coinvolti secondo regole che ne esprimono giuridicamente i poteri e gli assetti. È un criterio utile anche e soprattutto nella prospettiva di interventi legislativi e di riforme istituzionali, e ciò per l'apertura che offre alla cultura economica e politica.

Questo criterio ripropone, con diversa tecnica concettuale, la meno recente questione della *ragione privata* e della *ragione pubblica* nel governo della società per azioni; e si pone accanto al criterio più recente dell'interesse sociale, come interesse contrattuale ovvero istituzionale nella concezione della società per azioni.

Peraltro, rispetto al criterio dell'interesse, il criterio del *governo* è nettamente preferibile nell'elaborazione della teoria della società, perché di più vasta prospettiva, più analitico nel cogliere la disciplina, più dipendente dal diritto positivo; perché è un criterio di riordinamento e di sistemazione in sé neutrale, e non, come il criterio dell'interesse, fondato su di un postulato ideologico. Impiegato dall'interprete, il criterio della *corporate governance* non esclude il momento ideologico dell'interesse sociale, ma consente di collocarlo adeguatamente nella sistemazione della legislazione positiva, come risultato di analisi e non come predicato ricostruttivo postulato.

3. La concezione della società per azioni secondo il diritto comune

La concezione di un istituto ne riflette la funzione. La società per azioni è uno strumento organizzativo che il diritto pone al servizio dell'autonomia dei privati per la gestione impersonale dell'impresa commerciale, strumento in grado di riunire presso un unico centro di

decisione capitali diffusi tra il pubblico. Con il riconoscimento della personalità giuridica privata la legge intende indicare tutto questo con formula sintetica (art. 2331 c.c.).

Il punto caratterizzante, ai fini del confronto che propongono all'attenzione, è l'essere la società per azioni uno strumento organizzativo al servizio dell'autonomia privata: essa si muove nel mondo degli affari come soggetto economico, al pari della persona fisica, spendendo il proprio nome e rispondendo con il proprio patrimonio.

Questa condizione di soggetto privato si è determinata in seguito all'abolizione del regime tradizionale, ripreso nelle codificazioni napoleoniche, della concessione governativa della persona morale. In Italia il regime della concessione era ancora nel codice del 1865 ed è stato soppresso con il codice del 1882, sostituito con l'omologazione dell'atto costitutivo con decreto del tribunale, in sede di volontaria giurisdizione.

Con il regime moderno del riconoscimento della persona giuridica all'organizzazione che risponde alle caratteristiche previste in via generale e astratte dalla legge, l'ordinamento giuridico ha posto al servizio del commercio privato, per fini di profitto, l'organizzazione dell'ente morale, già riservata a finalità di natura pubblica ovvero, appunto, morali.

L'organizzazione della persona giuridica consente all'iniziativa dei privati uno sviluppo senza confronto con le capacità degli imprenditori individuali, sollevando i problemi di controllo economico e sociale della grande impresa: di raffronto e dialettica tra l'interesse privato espresso in via autonoma dalla società secondo i meccanismi di diritto privato, e l'interesse pubblico di volta in volta specificato dal legislatore per rispondere alle esigenze di controllo sociale che l'istituto societario prospetta.

E proprio tale questione politica, immediatamente percepita, è stata ampiamente dibattuta all'epoca dell'abolizione del regime concessorio, abolizione imposta dalle necessità dell'evoluzione delle economie. Infatti, con l'abolizione, il problema si è riproposto, sia pure in diversa prospettiva. All'epoca della concessione la società per azioni era definita ente morale di diritto pubblico,³ cosa che indubbiamente urtava con le necessità del mercato e dello sviluppo commerciale. In seguito all'abolizione del regime concessorio, riconosciuta ormai pacificamente la natura privata dell'ente, la questione è così

³ R.T. Troplong, *Del contratto di società*, V. Hansi, Livorno, 1843.

riproposta: «Dei due principi, uno opposto all'altro, che si contendono l'impero del regolamento delle società per azioni. *Primo principio*: anche le società per azioni, come tutte le altre specie di società, civili o commerciali, sono un contratto di diritto privato: la libertà delle convenzioni e il libero esercizio di qualunque diritto di proprietà legalmente acquisita forniscono regole, quella per la costituzione, questa per il regolamento nell'amministrazione della società per azioni. *Secondo principio (opposto al primo)*: le società per azioni sono istituti di diritto pubblico; i loro promotori esercitano una vera funzione sociale, soggetta ai vincoli delle legislazioni regolatrici delle funzioni sociali, e quando sono costituite, la loro amministrazione è un governo di cosa pubblica, da sottoporsi alle guarentigie, che ai governi della cosa pubblica si addicono».⁴ È una questione che ritroviamo in ogni contesto legislativo, ad esempio per l'esperienza degli Stati Uniti il problema è così indicato:

«Nel corso della storia del diritto societario la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogate sulla natura della società per azioni e, di conseguenza, sul giusto ruolo della regolamentazione statale nel governo delle società. Questo capitolo riassume due approcci all'analisi della natura della società radicalmente distinti: la teoria contrattualistica e la teoria concessionaria (o regolatoria). È importante comprendere questi approcci poiché essi hanno implicazioni significative per l'atteggiamento del legislatore nei confronti della società per azioni».⁵

Appunto, la dialettica tra l'approccio privatistico e l'approccio pubblicistico verso il fenomeno della società per azioni, rispecchiato nella contrapposizione tra la teoria contrattuale e la teoria concessoria ovvero istituzionale, sviluppa il filo del dibattito sulla società per azioni, che è ripreso secondo il criterio del governmento della società per azioni.

La posizione di autonomia che oggi caratterizza l'istituto della società per azioni, posizione che si è determinata per la società di diritto comune in seguito all'abolizione del regime di concessione,

⁴ M. Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, Bocca, Torino, 1879.

⁵ «Throughout much of the history of corporate law, courts and scholars have debated the nature of the corporation and, thus, the proper role of governmental regulation in corporate governance. This chapter summarizes two fundamentally different approaches to the nature of the corporation - the contractual theory and the concession (or regulatory) theory. It is important to understand these approaches because they have significant implications for public policies toward the corporation», H.N. Butler, L.E. Ribstein, *The Corporation and the Constitution*, The AEI Press, Washington, 1995.

viene diversamente definita nelle legislazioni speciali per settori d'impresa, e così per il settore delle banche.

Per intendere il senso della legislazione bancaria è opportuno venire all'analisi delle tecniche giuridiche attraverso le quali la società per azioni di diritto comune si trova in posizione di autonomia privata, nonostante la sua organizzazione in persona giuridica; e quindi confrontare l'incidenza della legislazione speciale relativamente alle tecniche, per verificare il grado di conservazione della concezione comune o per prospettare la diversa soluzione di società organizzate sulla base della *ragione pubblica*.

4. Le tecniche giuridiche che fanno della società per azioni uno strumento al servizio dell'autonomia dei privati per l'esercizio del commercio

Queste tecniche si possono raccogliere in tre ordini: a) i meccanismi giuridici che rendono la società dipendente dalla libera iniziativa di soggetti privati; b) l'assenza di controlli amministrativi, in particolare di controlli che incidano in via istituzionale sulla libera disponibilità della società da parte dei soggetti privati; c) la natura essenzialmente commerciale dell'istituto che consente di ricondurre la disciplina delle società per azioni al diritto delle obbligazioni, come rapporto esclusivamente patrimoniale, cioè che si esaurisce negli interessi patrimoniali.

Sono queste condizioni che, diffuse, creano i presupposti per l'operatività del mercato concorrenziale.

a) La società per azioni è un ente fornito di personalità giuridica, la cui esistenza dipende dall'iscrizione presso il Registro delle imprese, su ordine del tribunale, e la cui regolamentazione è nella sostanza tutta delineata dalla legge. Ciononostante la società rimane uno strumento organizzativo al servizio dell'autonomia privata. Come ente di diritto privato la società è essa stessa in posizione di autonomia privata. La posizione è sostanziale, non è di mera forma. Questo risultato è reso possibile dalla presenza di alcune regole, che sono fondamentali per la fisionomia dell'istituto, ed è un risultato che avviene secondo determinate caratteristiche dipendenti dalle regole stesse.

L'ente trova fondamento su atti di autonomia di soggetti privati. Questi sono: il contratto costitutivo, nella sua genesi, e le deliberazioni di proroga della durata o di scioglimento anticipato, nella sua esistenza. La gestione dell'ente trae ugualmente fondamento da atti negoziali privati: le deliberazioni dell'assemblea degli azionisti. L'adozione delle delibere dipende dalla volontà di soggetti privati, che si determinano secondo il criterio maggioritario.

Invero l'interesse contrattuale delle parti, per la legge che regola la società per azioni, si trasferisce nell'interesse che giuridicamente qualifica la posizione del socio nella società: la partecipazione sociale, cioè l'azione, è un diritto soggettivo, che nel suo contenuto più ampio comprende il voto nelle assemblee e la partecipazione agli utili (dividendi e patrimonio); il voto è un diritto privato del socio, come qualunque diritto che trae fondamento dalla conclusione di un contratto, sebbene in questo caso tragga fondamento dalla posizione corporativa del socio nella società secondo la disciplina di legge. L'autorità degli amministratori, cui è affidata la gestione dell'impresa, deriva dalla sovranità dell'assemblea degli azionisti, in quanto dalla deliberazione assembleare dipendono la loro nomina e la loro revoca, sicché gli amministratori restano legati all'assemblea da un rapporto fiduciario regolato secondo i principi del mandato.

Nell'assemblea degli azionisti la regola maggioritaria, nel procedimento di decisione dei soci, sostituisce la regola dell'accordo contrattuale; peraltro, le volontà che formano l'atto collegiale dell'assemblea sono espressione dell'esercizio di autonomia privata, sicché la deliberazione, anche se adottata secondo il criterio maggioritario e se formalmente atto dell'assemblea, cioè di un organo di una persona giuridica, resta nella sostanza politico-sociale espressione esclusiva dell'autonomia dei privati.

b) La funzione strumentale della società, al servizio dell'autonomia privata, si trova rafforzata dall'essere l'ente sottratto a controlli amministrativi: in sede di costituzione, di definizione dello statuto, di gestione, di scioglimento e di estinzione.

La procedura costitutiva della società deroga al regime di diritto comune del riconoscimento delle persone giuridiche, dettato dal codice civile per le fondazioni e le associazioni. Questo regime resta fondato sull'idea tradizionale che la personalità dell'ente non può che essere l'effetto di un atto sovrano, in quanto si tratta della concessione di un privilegio.

Invece, per la società per azioni, l'intervento dell'ordinamento giuridico nella procedura costitutiva dell'ente, e nelle procedure di modificazione degli statuti, compresa la decisione di scioglimento anticipato, è affidato all'autorità giudiziaria, in sede di volontaria giurisdizione: è un controllo di mera legalità, esclusa ogni valutazione circa l'opportunità dell'iniziativa e circa le condizioni di operatività dell'impresa. Inoltre anche nella gestione, l'ente è sottratto a controlli di ordine amministrativo, restando affidati alla volontaria giurisdizione gli interventi per garantire gli interessi dei soci e dei terzi.

c) La società per azioni è strumentale alla gestione di un'attività economica, la quale è un'attività patrimoniale.

Perciò la società, nonostante la sua personificazione in ente, è un'organizzazione a contenuto patrimoniale, come le altre società commerciali di persone. Essa vien sì organizzata secondo le regole della persona giuridica, ma il rapporto resta di natura contrattuale.

Per questa ragione la disciplina della s.p.a. rientra nel diritto privato patrimoniale, al quale sono riconducibili interessi che per altre persone giuridiche non sono patrimoniali, così ad esempio i diritti della personalità.

Gli interessi che trovano svolgimento e componimento nella disciplina privata della società di capitali restano dunque di ordine patrimoniale e come tali vanno considerati nella ricostruzione della disciplina; quest'ultima resta improntata ai principi fondamentali del diritto privato patrimoniale, al diritto delle obbligazioni e dei contratti, ai quali principi l'interprete è tenuto a richiamarsi. In particolare l'esclusiva natura patrimoniale del rapporto associativo spiega che i diritti corporativi, così i diritti di voto in assemblea, sono commisurati al capitale conferito: all'interesse patrimoniale del socio. La società è l'organizzazione che esprime il capitale investito. Dal punto di vista giuridico gli interessi della società sono esclusivamente gli interessi del capitale.

Gli interessi che esprime la grande impresa trovano collocamento differenziato nell'ordinamento giuridico, secondo appropriate discipline, che non necessariamente incidono sull'organizzazione istituzionale dell'istituto; nella società di diritto comune trovano regolamento in altra sede, diversa dalla disciplina commerciale della società. Così legislazioni sempre più sofisticate si occupano della tutela del lavoro, del consumatore, dell'ambiente, del territorio. In particolare legislazioni speciali si occupano di settori particolari d'impresе. È il

caso delle banche: si devono accertare le caratteristiche di questa disciplina speciale.

5. I profili di specificità della disciplina delle banche rilevanti in ordine al problema in esame

La questione che solleva la disciplina speciale delle società per azioni esercenti attività bancarie è la sua incidenza sulla posizione di autonomia dell'ente, in considerazione di interessi pubblici. È necessario innanzitutto elencare le disposizioni rilevanti a questo fine. Stabilire quindi se la loro incidenza sul governmento della società rispetta la natura esclusivamente patrimoniale degli interessi organizzati dalla disciplina del rapporto sociale, oppure se non alteri la natura stessa del rapporto, inserendovi direttamente interessi di natura non patrimoniale. Si tratta infine di accertare le caratteristiche degli interessi perseguiti dall'azione amministrativa della Vigilanza, al fine di caratterizzare l'atto amministrativo sotto il profilo della discrezionalità amministrativa, in quanto questo profilo configura la tipologia di governmento della società bancaria.

6. La specificità della disciplina bancaria di Vigilanza amministrativa rilevante per stabilire la posizione di autonomia della società bancaria

Innanzitutto conviene elencare gli interventi della Vigilanza, riordinandoli secondo che riguardano: 1) la costituzione della società; 2) l'identità e la qualità dei soci e degli esponenti bancari; 3) la gestione; 4) il potere di disporre dell'esistenza della società; 5) la vigilanza sul gruppo bancario.

Trattando del tema al fine di cogliere i principi della disciplina, richiamo le disposizioni essenziali e volutamente tralascio le differenziazioni e le disposizioni d'eccezione, così come le particolarità e le specificazioni irrilevanti dal punto di vista della struttura.

a) L'esercizio dell'attività bancaria è sottoposto all'autorizzazione della Banca d'Italia per verificare le seguenti condizioni: 1) forma di società azionaria; 2) rispetto dei minimi di capitale; 3) programma per l'avviamento all'attività, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; 4) la qualificazione dei soci e degli esponenti bancari, di cui appresso. È vietata la partecipazione alla società bancaria per un ammontare superiore al 15% a soggetti che esercitino imprese non bancarie o finanziarie.

b) Sono sottoposti ad autorizzazione della Banca d'Italia l'acquisto di partecipazioni per ammontare superiore al 5% e l'acquisto del controllo della banca. I soci debbono godere dei requisiti di onorabilità stabiliti dal Ministro del tesoro; agli stessi requisiti debbono rispondere gli esponenti bancari, per i quali si aggiunge la professionalità.

c) Sono soggetti a regolamentazione da parte della Vigilanza: 1) il patrimonio; 2) le posizioni di rischio; 3) l'assunzione di partecipazioni; 4) l'organizzazione amministrativa, contabile e dei controlli interni. La regolamentazione amministrativa può sottoporre ad autorizzazione determinate operazioni. Per tutte queste materie la Banca d'Italia può adottare provvedimenti relativi a singole imprese bancarie.

d) La Banca d'Italia può: 1) convocare gli esponenti bancari; 2) ordinare la convocazione degli organi delle società; 3) procedere direttamente alla convocazione in caso d'inerzia.

e) Le fusioni e le scissioni sono sottoposte all'autorizzazione della Banca d'Italia.

f) Il Ministro del tesoro, su proposta della Banca d'Italia, può disporre l'amministrazione straordinaria: 1) in presenza di gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie; 2) in presenza di gravi perdite patrimoniali (anche *previste*, come dispone il testo della legge); 3) su richiesta degli organi amministrativi. Nel caso di violazioni o di perdite di *eccezionale gravità* è disposta la liquidazione coatta amministrativa. Le procedure sono organizzate sotto la responsabilità della Banca d'Italia, cui spetta la nomina dei commissari. Le funzioni degli organi ordinari sono sospese.

g) La vigilanza nei riguardi del gruppo bancario si svolge attraverso la società individuata quale capogruppo. Questa, «nell'eser-

cizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo» (art. 61 (4)).

«Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla *sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, alla efficienza e alla competitività del sistema finanziario* nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia» (art. 5 (1)).

7. I criteri della sana e prudente gestione

I criteri indicati dal legislatore per definire la portata della discrezionalità amministrativa, dai quali in buona sostanza dipende il regime speciale dell'impresa bancaria, il governmento della società, sono:

– *sana e prudente gestione*, riferite alla singola impresa. Sembra inoltre che il criterio di sana gestione riguardi l'assetto dell'organizzazione del patrimonio, mentre il criterio di prudente riguardi le decisioni di impresa. Pertanto, mentre la sana gestione implica una constatazione dello stato patrimoniale e organizzativo (con particolare riguardo ai conflitti d'interessi), la prudenza richiede un giudizio di prevedibilità circa gli effetti delle decisioni di gestione che man mano si vanno a prendere;

– *stabilità*, riferita al complesso sistema bancario e finanziario;

– *efficienza e competitività*, criterio anche questo riferito testualmente al sistema nel suo complesso, e non alla concorrenza tra le imprese, la quale può dunque assumere rilievo come mezzo per accrescere l'efficienza e la competitività del sistema nel suo insieme, nel contesto dell'apertura europea e mondiale dei mercati. Perciò questa competenza è profondamente diversa dalla generale competenza dell'Autorità garante della concorrenza sulle imprese industriali, dove l'efficienza del sistema nel suo complesso è assunta dal legislatore come conseguenza di fatto del regime di concorrenza tra imprese, di cui appunto si fa garante l'Autorità.

I criteri della sana e prudente gestione, recepiti nella legge italiana su indicazione della direttiva europea, sono di per se stessi indubbiamente generici. Questa loro caratteristica trova modo di esprimersi senza importanti ostacoli nel nostro sistema della Vigilanza bancaria, anche per i principi del diritto amministrativo, nel quale si inserisce.

Innanzitutto nell'assunzione del provvedimento amministrativo non è disposta una qualche articolazione di competenza che renda evidente il loro procedere in concorso e secondo esigenze di temperamento. La competenza è sostanzialmente della Vigilanza, anche in tema di concorrenza, sia pure in presenza di interventi dell'Autorità garante della concorrenza. Né questa caratteristica di genericità dei criteri di sana e prudente gestione è corretta dalla previsione di una qualche procedura in contraddittorio per la loro determinazione in concreto. Inoltre sono criteri, come abbiamo visto nel riportare l'elenco degli interventi consentiti dalla legge alla Vigilanza, che riguardano sia provvedimenti generali, sia soprattutto, provvedimenti individuali, nella vigilanza di ciascuna società bancaria. Infine la posizione d'interesse legittimo del destinatario del potere di vigilanza è una posizione estremamente debole in questa materia, che in buona sostanza vanifica nei fatti la tutela giurisdizionale, la quale comunque esclude il risarcimento dei danni nel caso di illegalità.

Si rendono necessarie altre precisazioni.

I criteri s'impongono nello svolgimento dell'attività di Vigilanza, come finalità proprie dell'Autorità amministrativa, per la quale è l'interesse pubblico che ne rende funzionale il potere. Le finalità s'impongono soltanto di riflesso nella gestione dell'impresa, come limitazioni all'autonomia della società, non come interessi propri che rendono funzionale l'attività stessa. Così è indubbiamente per i criteri della stabilità, dell'efficienza e della competitività. Ma così è anche per il criterio della sana e prudente gestione. In questo senso è corretto il rilievo che «[d]ovrà essere l'imprenditore, di volta in volta, a scegliere i comportamenti ritenuti sani e prudenti, assumendosi così la responsabilità della gestione dell'impresa anche di fronte alle Autorità di vigilanza. Così intesa la sana e prudente gestione risulta coerente con la libertà d'impresa riconosciuta all'impresa bancaria e finanziaria».⁶ Peraltro va sottolineata la differenza nella posizione

⁶ Cfr. Banca d'Italia, "Le finalità della vigilanza nel nuovo ordinamento del credito: profili economici e giuridici", dattiloscritto.

dell'impresa bancaria rispetto all'impresa secondo il diritto comune. Anche l'imprenditore che voglia sopravvivere deve gestire il commercio in modo sano e prudente, sicché da questo punto di vista il criterio è ripetitivo di una regola di comportamento che s'impone all'imprenditore in generale. Ma nel caso della banca la violazione della regola di comportamento non si traduce nel rischio di fallimento dell'iniziativa speculativa e d'azzardo. Il senso della legge è di dare un potere amministrativo alla Vigilanza di stabilire il comportamento prudente e sano, sicché l'impresa bancaria nelle sue decisioni incontra un potenziale limite di ordine amministrativo, che si concentrerà in interventi di volta in volta, e non un limite di carattere legale e normativo, come ad esempio l'obbligo della tenuta della contabilità oppure la regola che impone lo scioglimento della società alla perdita del capitale.

La funzione della Vigilanza è nell'interesse pubblico alla sana e prudente gestione dell'impresa bancaria per la stabilita efficienza e competitività del sistema bancario nel suo complesso. È un'attività amministrativa propria e non la predisposizione di un servizio per la migliore operatività delle libertà private; non è cioè un'attività destinata all'interesse specifico di singoli privati, i quali possono vantare un diritto, come nel caso, a mio avviso, della Consob nella funzione di controllo dell'informazione, sicché i privati non vantano interessi giuridicamente protetti al buono e corretto funzionamento dell'attività amministrativa. Ovviamente anche per questo aspetto si trova rafforzata la discrezionalità amministrativa.

8. Il governmento della società bancaria

La posizione della società che esercita attività bancaria è di autonomia privata: è un soggetto economico privato, del pari di una comune società per azioni. Tuttavia la sua posizione è diversa dalla posizione della società di diritto comune; e la differenza è qualitativamente rilevante dal punto di vista giuridico.

Invero, l'intervento amministrativo non si risolve in una delega del legislatore a regolare il mercato e l'impresa secondo norme, cioè secondo comportamenti tipici predeterminati in via generale e astratta. La legge demanda alla Vigilanza una competenza amministra-

tiva in senso proprio, e così sottopone la gestione della banca alla valutazione esterna della Vigilanza, fornita di poteri amministrativi di provvedere caso per caso secondo criteri di discrezionalità.

In questo modo il governo della società si determina nella gestione come sintesi dell'interesse privato al profitto e dell'interesse pubblico alla stabilità complessiva del sistema, individualmente assunto dai gestori della società come prevedibile comportamento dell'Autorità amministrativa nell'esercizio del potere di vigilanza, che in taluni casi si tradurrà in atto amministrativo d'intervento, sostitutivo o integrativo della decisione privata di governo.

Di riflesso il mercato della banca e della finanza assume le caratteristiche di un mercato amministrato.

Come già ricordato, anche le imprese societarie di diritto comune devono gestire in modo *sano* la loro attività, e la *prudenza* è una virtù per l'impresa che voglia durare nel tempo ed evitare il rischio di uscire dal mercato per insolvenza. Ma ciò accade per i meccanismi del mercato che operano nei fatti in virtù delle condizioni legali di svolgimento dei rapporti secondo norme generali e astratte.

Talvolta la regolamentazione del mercato o taluni aspetti è demandata al governo o ad autorità amministrative di settore; ma si tratta pur sempre di dettare condizioni generali e astratte. Il mercato del risparmio di borsa è un esempio di mercato regolamentato dall'Autorità, la Consob, per garantire la trasparenza delle informazioni.

Il mercato bancario è invece un mercato amministrato, in quanto i momenti fondamentali dell'impresa sono soggetti a valutazioni amministrative della Vigilanza, con riguardo all'operare complessivo del mercato, ma in particolare con riguardo all'operare individuale di ciascuna iniziativa: costituzione, gestione, modificazioni (fusioni), estinzione.

9. Il gruppo bancario

Ai sensi dell'art. 61 (4) «[I]a capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo».

Questa disposizione non ha ancora trovato elaborazione dottrinale e pratica sufficiente per chiarirne la portata. Sembra comunque rendere la capogruppo direttamente responsabile dell'esecuzione delle istruzioni amministrative da parte delle società del gruppo, e perciò investire direttamente la capogruppo di un compito ausiliario dell'Autorità di vigilanza.

Non è questa la sede per approfondire la questione che, così posta, attiene piuttosto alle forme dell'azione amministrativa, che al governo della società esercente l'attività di banca.

10. La presenza pubblica negli assetti proprietari

Nella definizione del governo societario ha invece incidenza la natura del socio, secondo che si tratti di proprietà o anche di controllo pubblico o di società sotto esclusivo controllo privato.

Poiché la società è un'organizzazione giuridica al servizio dell'iniziativa dei soci, ne è evidente il diverso atteggiarsi dell'amministrazione, secondo che questa risponda a soci privati oppure a entità di diritto pubblico. Per soci privati è da intendere, in definitiva, sia pure attraverso collegamenti e partecipazioni di altre società, persone fisiche. In questo caso il regime di libertà e autonomia di cui gode la persona fisica si traduce nel governo della società, caratterizzandone l'autonomia. Quando invece il socio è pubblico, sono la regolamentazione di diritto pubblico e il principio di dipendenza dell'amministrazione dall'Autorità politica che in buona sostanza caratterizzano il governo della società. E questa sostanza è evidente nei fatti, come documenta l'esperienza; ed è una situazione che trova ragione giuridica, come mi ero proposto di dimostrare in un precedente lavoro: la posizione del socio pubblico non si esaurisce nel diritto soggettivo di azionista.⁷

Nelle banche la proprietà pubblica è diffusa, al punto da caratterizzare il sistema. Questo dato rimane fondamentale, sebbene si assista a un'evoluzione indirizzata a trasferire la proprietà al settore privato.

Il governo della società bancaria pubblica è condizionato per due versi dagli indirizzi pubblicistici: dalla Vigilanza, secondo l'ordinaria disciplina, e dalla dipendenza pubblica della proprietà, secondo lo statuto particolare del socio pubblico.

⁷ G. Visentini, *Società per azioni di diritto comune e di diritto speciale*, Longanesi, Milano, 1979.

11. La responsabilità nel governo delle società bancarie

L'attività finanziaria, sia essa l'intermediazione creditizia, sia in generale le attività di finanza, presentano delicati aspetti di gestione che consigliano di organizzare i mercati secondo caratteristiche di mercati regolamentati e, per l'attività bancaria in particolare, di mercato amministrato. È una considerazione ormai acquisita nelle esperienze degli ordinamenti ed è oggi una scelta politica della Unione Europea, nel momento in cui si appresta a organizzare un sistema di moneta unica. V'è anzi da verificare se non sia opportuna una maggiore integrazione nelle Autorità di vigilanza per meglio gestire a livello europeo l'amministrazione del mercato bancario.

La questione che si prospetta nell'ordinamento italiano, al quale soltanto ho riguardo in questa sede, non attiene all'opportunità della regolamentazione, quanto alla qualità della regolamentazione. La qualità della regolamentazione vuole che la vigilanza sia disposta, nell'esercizio dei poteri e delle competenze, in modo da rendere evidenti le responsabilità di ciascuna funzione e competenza nello svolgimento del governo della banca. Per questo aspetto infatti il nostro sistema è insoddisfacente.⁸

L'ampiezza dei poteri di Vigilanza, la loro scarsa articolazione, anzi la concentrazione nella stessa sede di finalità così diverse come la stabilità, l'informazione dei mercati, la concorrenza, lo scarso sviluppo di procedure e di procedimenti contraddittori, la pratica carenza di momenti formali che costringono a rendere palese la decisione (come ad esempio la necessità di formale dichiarazione d'insolvenza come condizione di qualunque intervento di riassetto, oppure la formale dichiarazione di comportamento in violazione della concorrenza come presupposto per il mantenimento del comportamento al fine di stabilità) rendono opaca la responsabilità del governo, che trova la direzione d'impresa soggetta a quella forma di intervento di fatto che chiamiamo *persuasione morale*.⁹ In particolare poi nelle società

⁸ Per maggiori sviluppi si veda G. Visentini, "Relazione di sintesi per i profili giuridici", in *Il sistema finanziario italiano*, Ricerca LUISS-CERADI, coordinata da G. Carli, Roma, 1989. Si veda anche G. Carli, *Intervista sul capitalismo italiano*, Laterza, Roma-Bari, 1977.

⁹ Dell'argomento mi sono occupato in "L'evoluzione del sistema finanziario italiano. I problemi attuali", in *Tre lezioni*, serie Saggi CERADI, n. 1, Milano, Giuffrè, 1995, p. 70.

pubbliche queste condizioni sono aggravate dal condizionamento proprietario, anch'esso informale. Né la direzione della banca, così esposta ai condizionamenti di fatto, può essere resa responsabile di comportamenti che poi si riveleranno errati, poiché è per legge soggetta al condizionamento della Vigilanza senza essere fornita di strumenti che la costringano a sviluppare in dialettica la sola istanza per la quale può essere resa responsabile: l'interesse al profitto.

Ne consegue anche l'affievolimento della pressione del mercato sul governo della società, che si accompagna alla pratica assenza del rischio d'impresa per la perdita dei capitali investiti. Ciò si riflette, con effetti negativi, anche sulla componente lavoro dell'azienda. Si è soliti pensare al comportamento dei responsabili della gestione, ma a influenzare la gestione concorrono, con non minore peso, le organizzazioni sindacali. È evidente che anche il comportamento sindacale si orienta alla burocratizzazione dell'azienda, indirizzando il settore secondo accentuati interessi corporativi. In un sistema che poco riesce a imputare le responsabilità secondo competenze, anche la componente lavoro finisce con il condizionare informalmente la gestione, inserendosi, con il rilevante peso politico di cui può disporre, nell'informalità della *persuasione morale*.