



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea magistrale
(*ordinamento ex D.M. 270/2004*)
in Economia e Finanza

Tesi di Laurea

—

Ca' Foscari
Dorsoduro 3246
30123 Venezia

L'autorizzazione all'esercizio
dell'attività per gli intermediari
finanziari non bancari

Relatore

Ch. Prof. Alberto Urbani

Laureando

Alice Bragagnolo
Matricola 816023

Anno Accademico

2011 / 2012

L'autorizzazione all'esercizio dell'attività per gli intermediari finanziari non bancari

Indice

Capitolo 1	Introduzione al nuovo procedimento autorizzativo per gli intermediari finanziari non bancari.....	1
Capitolo 2	L'evoluzione della disciplina degli intermediari finanziari non bancari.....	5
	2.1 La necessità di disciplinare gli intermediari finanziari non bancari.....	5
	2.2 La legge antiriciclaggio e il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a confronto.....	12
	2.2.1 La disciplina degli intermediari finanziari nella legge antiriciclaggio.....	12
	2.2.1.1 Il primo livello di controlli: l'elenco generale.....	15
	2.2.1.2 Il secondo livello di controlli: la vigilanza di tipo cartolare.....	18
	2.2.1.3 Il terzo livello di controlli: l'elenco speciale.....	21
	2.2.1.4 Le esenzioni dalla disciplina antiriciclaggio.....	23
	2.2.2 La disciplina degli intermediari finanziari nel Testo unico bancario.....	24
	2.2.2.1 L'elenco generale.....	25
	2.2.2.2 L'elenco speciale.....	29
	2.2.2.3 L'esercizio non nei confronti del pubblico.....	32
	2.2.2.4 Le esenzioni dalla disciplina del Testo unico bancario.....	34
	2.2.3 L'evoluzione del ruolo dell'UIC e i suoi poteri.....	34
	2.3 La nuova disciplina degli intermediari finanziari non bancari....	35
Capitolo 3	Il procedimento di autorizzazione.....	41
	3.1 I requisiti richiesti.....	41
	3.1.1 La forma societaria e la sede legale.....	45
	3.1.2 Il capitale minimo societario.....	46
	3.1.3 Il programma di attività.....	53
	3.1.4 Gli stretti legami.....	57
Capitolo 4	L'oggetto sociale.....	60
	4.1 Le nozioni di "attività esercitabili".....	60
	4.1.1 L'attività di intermediazione in cambi.....	63
	4.1.2 L'attività di assunzione di partecipazioni.....	64
	4.1.3 L'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma.....	68

4.1.4 Le ulteriori attività esercitabili dagli intermediari finanziari.....	71
4.1.4.1 Attività connesse e strumentali.....	76
4.2 L'esercizio nei confronti del pubblico.....	77
Capitolo 5 Gli esponenti aziendali e i titolari di partecipazioni.....	82
5.1 I requisiti per gli esponenti aziendali.....	82
5.2 Le partecipazioni al capitale degli intermediari finanziari.....	88
5.3 Le partecipazioni detenibili.....	98
Capitolo 6 Decadenza e revoca dell'autorizzazione.....	104
6.1 La cancellazione dagli elenchi ante riforma del Titolo V.....	104
6.2 La revoca e la decadenza dall'autorizzazione post riforma del Titolo V.....	109
Capitolo 7 Considerazioni conclusive sulle bozze delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari non bancari.....	119
Bibliografia	136

CAPITOLO 1

INTRODUZIONE AL NUOVO PROCEDIMENTO AUTORIZZATIVO PER GLI INTERMEDIARI FINANZIARI NON BANCARI

La disciplina degli intermediari finanziari non bancari, contenuta nel Titolo V del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», ha subito un'importante modifica nel 2010 a seguito del recepimento della direttiva comunitaria 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, sulla base della quale è stata emanata la legge comunitaria 88/2009. Quest'ultima delegava al Consiglio dei Ministri la revisione del Titolo V del Testo Unico Bancario, in quanto a seguito di un'indagine conoscitiva effettuata sul mercato del credito al consumo, gli intermediari finanziari non bancari assoggettati alla disciplina del suddetto Titolo erano risultati essere quelli più rilevanti a livello operativo. La necessità, quindi, di una rivisitazione dell'intero impianto normativo al fine di garantire una maggior stabilità dell'intero settore di mercato, oltre che degli stessi operatori, diviene primaria. Va sottolineato, infatti, che maggiore è l'operatività dei soggetti sul mercato di riferimento, maggiori sono le possibilità che le difficoltà dello stesso soggetto si ripercuotano sul mercato in cui egli opera. Si disponeva, pertanto, all'art. 33 della legge comunitaria 88/2009 che:

«1. Nella predisposizione dei decreti legislativi per l'attuazione della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che provvederanno ad apportare al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, le necessarie modifiche e integrazioni, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 2, anche i seguenti principi e criteri direttivi:

[...]

d) rimodulare la disciplina delle attività e dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui al titolo V e all'articolo 155 del testo unico di cui al decreto

legislativo n. 385 del 1993, sulla base dei seguenti ulteriori criteri direttivi a tutela dei consumatori:

- 1) rideterminare i requisiti per l'iscrizione al fine di consentire l'operatività nei confronti del pubblico soltanto ai soggetti che assicurino affidabilità e correttezza dell'iniziativa imprenditoriale;*
- 2) prevedere strumenti di controllo più efficaci, modulati anche sulla base delle attività svolte dall'intermediario;*
- 3) garantire la semplificazione, la trasparenza, la celerità, l'economicità e l'efficacia dell'azione amministrativa e dei procedimenti sanzionatori, attribuendo i poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d'Italia;*
- 4) prevedere sanzioni amministrative pecuniarie e accessorie e forme di intervento effettive, dissuasive e proporzionate, quali, tra l'altro, il divieto di intraprendere nuove operazioni e il potere di sospensione, rafforzando, nel contempo, il potere di cancellazione;»¹*

Sulla base di tutto ciò, è stato, quindi, emanato il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 recante «Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del Titolo VI del Testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi», con il quale si rinnovava completamente il corpo normativo del Titolo V del Testo unico bancario, oltre ad un'altra serie di modifiche sul piano della trasparenza nei confronti dei consumatori. In particolare, le novità di maggior rilievo riguardano i contratti di credito al consumo, impattando sia sui comportamenti degli operatori del settore al fine di garantire una maggior trasparenza in fase di stipula dello stesso contratto e nelle fasi successive di gestione del rapporto, sia attraverso il procedimento di razionalizzazione del settore dell'intermediazione finanziaria non bancaria. Per quanto attiene i contratti di finanziamento, le principali novità riguardano il diritto di recesso, la pubblicità e la trasparenza delle informazioni precontrattuali. Sul fronte degli intermediari finanziari non bancari, invece, le novità hanno comportato una

¹ Art. 33, comma 1, lettera d), della Legge comunitaria 88/2009 recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee».

rivisitazione molto importante per gli operatori del settore. Basti pensare alla soppressione del doppio elenco e alla creazione di unico albo cui gli intermediari devono essere iscritti. Oltre a questo, va sottolineata anche la riduzione della riserva di attività alla sola concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, a differenza della normativa previgente che prevedeva la possibilità di svolgere altre tipologie di attività. Il tentativo che si è attuato con l'emanazione del decreto legislativo in oggetto è quello di qualificare gli intermediari finanziari non bancari come soggetti *near banks*. È vero, infatti, che nel corso degli ultimi anni il settore dell'intermediazione finanziaria è stato oggetto di grande attenzione a fronte di una sempre maggior operatività che spesso si contrapponeva a quella delle banche. Queste ultime, infatti, hanno assunto, sempre più spesso, il ruolo di dirette concorrenti degli stessi intermediari finanziari non bancari, trovandosi spesso ad esercitare la medesima attività con la sottoposizione a regolamentazioni diverse, da cui derivava la possibile conseguenza di una disparità concorrenziale. Sulla base di tali considerazioni, si era, quindi, resa necessaria la rivisitazione normativa di cui sopra detto. Tale processo di rinnovo del Titolo V ha necessitato, conseguentemente, di un'apposita normativa secondaria al fine di garantire chiarezza e semplicità nell'applicazione della normativa primaria. Pertanto, a fronte di ciò, l'autorità di vigilanza, ovvero la Banca d'Italia, ha sottoposto a consultazione pubblica le bozze delle «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari», al fine di poter giungere alla pubblicazione definitiva di una normativa secondaria il più rispondente possibile anche alle esigenze degli operatori del settore oltre che alle esigenze legislative. Al momento in cui si scrive non sono ancora state emanate le Disposizioni di vigilanza definitive, dovendosi, pertanto, riferire alle sole bozze delle stesse. Nel corso della trattazione, verrà analizzata più approfonditamente solamente la prima parte delle stesse, che disciplina il procedimento autorizzativo per gli intermediari finanziari non bancari. Partendo da un'analisi della normativa antiriciclaggio, la trattazione prosegue con l'analisi della normativa previgente, e ancora in vigore fino all'approvazione definitiva delle Disposizioni di vigilanza. La prima parte sarà dedicata al commento delle Disposizioni di vigilanza stesse, inerente alcuni dei requisiti richiesti per l'ottenimento dell'autorizzazione, quali capitale sociale minimo, forma societaria, assenza di stretti legami e la redazione del programma di attività. Sarà oggetto di trattazione anche il requisito relativo all'oggetto sociale, con

una valutazione delle singole attività che gli intermediari finanziari possono svolgere e come queste siano cambiate nel corso del tempo. Verranno, poi, analizzati i requisiti richiesti agli esponenti aziendali e ai partecipanti al capitale sociale degli intermediari finanziari. In tale contesto verrà dedicata attenzione anche al tema delle partecipazioni detenibili dagli stessi intermediari. In conclusione verrà analizzata la procedura di revoca e decadenza dell'autorizzazione, in contrapposizione con quella previgente, dedicando una parentesi anche alla particolare procedura, inserita dopo la riforma del Titolo V, della sospensione degli organi di amministrazione e di controllo, quale istituto eventualmente propedeutico alla stessa revoca. Nel capitolo finale verranno evidenziate le principali criticità delle bozze delle Disposizioni di vigilanza. Non sono state volutamente inserite nella trattazione le considerazioni relative ai confidi, alle società fiduciarie e alle agenzie di prestito su pegno, al fine di analizzare solamente la parte più generale e non anche le fattispecie particolari delle Disposizioni di vigilanza. Di tali eccezioni si renderà comunque conto, seppur marginalmente. Come si vedrà nel proseguo della trattazione, il filo conduttore dell'analisi sarà il costante riferimento alla normativa bancaria in vigore, non soltanto per le evidenti similitudini a livello normativo, ma soprattutto per i continui rimandi effettuati dalle stesse «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari» alle norme espressamente dedicate alle banche.

CAPITOLO 2

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI NON BANCARI

SOMMARIO: 2.1 La necessità di disciplinare gli intermediari finanziari non bancari – 2.2 La legge antiriciclaggio e il testo unico in materia bancaria e creditizia a confronto – 2.2.1 La disciplina degli intermediari finanziari nella legge antiriciclaggio – 2.2.1.1 Il primo livello di controlli: l'elenco generale – 2.2.1.2 Il secondo livello di controlli: la vigilanza di tipo cartolare – 2.2.1.3 Il terzo livello di controlli: l'elenco speciale – 2.2.1.4 Le esenzioni dalla disciplina della legge antiriciclaggio – 2.2.2 La disciplina degli intermediari finanziari nel Testo unico bancario – 2.2.2.1 L'elenco generale – 2.2.2.2 L'elenco speciale – 2.2.2.3 L'esercizio non nei confronti del pubblico – 2.2.2.4 Le esenzioni dalla disciplina del Testo unico bancario – 2.2.3 L'evoluzione del ruolo dell'UIC e i suoi poteri – 2.3 La nuova disciplina degli intermediari finanziari

2.1 La necessità di disciplinare gli intermediari finanziari non bancari

Prima di poter parlare dell'evoluzione della disciplina dell'intermediazione finanziaria, è necessario accennare brevemente alla nozione di intermediazione finanziaria stessa e a come questa è cambiata nel corso degli anni seguendo l'evoluzione della disciplina. L'intermediazione ha, da sempre, rivestito un ruolo fondamentale a fronte dell'imperfezione dei mercati che di fatto impedisce il contatto diretto tra le unità in *surplus* e quelle in *deficit*. Si può, pertanto, affermare che l'intermediazione finanziaria non potrebbe esistere se non vi fossero tali imperfezioni nel mercato. La necessità di definire questo insieme di attività è pressoché recente, alimentata in particolare dall'evoluzione delle figure operanti nel settore finanziario. Fino agli anni settanta, infatti, l'intermediazione finanziaria era associata all'attività delle banche e degli istituti di credito. Con l'innovazione finanziaria cui si assiste negli anni successivi, la struttura regolamentare della legge bancaria del 36-38 inizia ad evidenziare le proprie lacune in merito ad una disciplina generale del mercato

finanziario che si affianchi a quella del settore bancario e assicurativo.² Secondo alcuni Autori all'intermediazione finanziaria devono essere ricondotte tre diverse tipologie di attività: l'intermediazione nella negoziazione di titoli o valori, l'intermediazione nell'investimento in valori mobiliari e non e l'intermediazione nel finanziamento. Pertanto in alcuni casi la definizione si raggiunge per sottrazione, includendo tutto ciò che non rientra nell'attività bancaria e assicurativa,³ mentre in altri casi si è tentato di individuare alcune categorie all'interno di quella più ampia dell'intermediazione finanziaria: la categoria degli intermediari non creditizi nella quale rientrano gli operatori del mercato mobiliare e gli investitori istituzionali in valori mobiliari; quella degli intermediari creditizi, ma non monetari, che raccolgono risparmio anche non tra il pubblico e lo utilizzano per erogare credito, con l'impegno alla restituzione dei fondi; e la categoria degli intermediari creditizi monetari, ovvero le banche.⁴ Secondo questa impostazione della definizione di intermediazione finanziaria, le banche ne andrebbero ricomprese, caratterizzate dalla funzione monetaria delle passività che esse emettono. Secondo altri Autori, invece, le banche, la cui raccolta del risparmio è effettuata a titolo di credito, vanno tenute distinte dagli intermediari finanziari, che in questa sede possono ancora essere definiti "residuali", i quali raccolgono risparmio a titolo di investimento. Pertanto, pur essendo accomunate dall'esercizio del credito, le banche mantengono la specificità della funzione monetaria. Per potersi parlare di attività bancaria, è necessario, infatti, ritrovare i due momenti essenziali della raccolta del risparmio tra il pubblico e dell'esercizio del credito, come definito all'art. 10 del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. In merito al problema definitorio, le più importanti fonti normative in materia non sono d'aiuto: la legge "antiriciclaggio" del 5 luglio 1991, n. 197, prima, e il Testo unico bancario, poi, infatti, non dettano alcuna nozione di intermediario finanziario, limitandosi a definirli attraverso il collegamento ad una serie di attività che, se esercitate, comportano

² RUGGIERO C., *Le società finanziarie. Obblighi, vigilanza e sanzioni per gli intermediari*, Milano, 2010, pag. 29 ss.

³ Si veda a tal proposito, NIGRO A., *Intermediari finanziari: problemi e prospettive di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1988, pag. 491.

⁴ E' questa, infatti, l'opinione di COSTI R., *Intermediari finanziari non bancari e mercato mobiliare*, in *Politica del diritto*, 1988, pag. 506.

l'assoggettamento ad una particolare disciplina. Il termine intermediario, dunque, non può che essere interpretato come colui che interviene in un rapporto avente contenuto finanziario tra soggetti diversi, ricorrendo al concetto di intermediazione nel senso di collegamento, e la sua attività consiste, dunque, nell'erogare credito utilizzando in modo appropriato fondi raccolti sul mercato. Non possono, quindi, ritenersi inclusi in tale accezione coloro che erogano credito avvalendosi di denaro proprio, perché verrebbe a mancare l'intermediazione, ma soprattutto perché la rilevanza della figura dell'intermediario ai fini dell'applicazione della disciplina si ha solo se vi è operatività esterna della società sul mercato. Questo,⁵ ad ogni modo, poteva non essere vero alla luce della legge antiriciclaggio, la quale poteva trovare motivo di sospetto in ripetute operazioni di erogazione del credito svincolate dalla raccolta del risparmio, sintomo, quindi, di un possibile approvvigionamento illecito di mezzi finanziari. Tale considerazione, però, non poteva considerarsi altrettanto valida se si considerano gli scopi della normativa in materia bancaria e creditizia, ovvero la logica del Testo unico bancario, ben lontana da quella della legge antiriciclaggio.⁶ Il problema, a ben vedere, non riguarda soltanto la definizione di intermediario finanziario, ma anche il nome da dare loro. Con l'avvento della disciplina del Testo unico bancario e, quindi, l'applicazione delle disposizioni contenute nel Titolo V, non è più possibile parlare di intermediari finanziari "non bancari", in quanto non sono gli unici ad esserlo e allo stesso modo non è possibile definirli come intermediari "parabancari", in quanto può trattarsi anche di società non necessariamente partecipate dalle banche. Ugualmente, non è più possibile definirli intermediari "atipici", poiché a partire dagli anni novanta hanno una loro specifica disciplina, e non possono essere considerati "residuali". Si potrebbe parlare di intermediari finanziari "atipici" e "residuali" solo con riferimento a quei soggetti che svolgono attività non tipizzate e prive di specifica disciplina.⁷

⁵ Ovvero non tenere in considerazione ed escludere coloro i quali usavano denaro proprio come fonte di finanziamento.

⁶ Soprattutto perché le garanzie prestate dalle società eroganti sono coperte esplicitamente a loro volta da garanzie verso le banche, non potendosi, quindi, ritrovare o sospettare l'approvvigionamento illecito di mezzi finanziari di cui si parlava. RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 25.

⁷ CIRASOLE D., *Gli intermediari finanziari residuali ex artt. 106 e 107 t.u.b.*, in *Magistra, Banca e Finanza* – www.tidona.com - ISSN: 2039-7410, 2007.

Coloro, invece, che esercitano le attività finanziarie di cui all'art. 106 t.u.b. non possono considerarsi come "residuali", in quanto godono di specifica disciplina e possono, eventualmente, svolgere altre attività finanziarie per le quali non sussista una particolare riserva e che alla luce dell'attuale situazione disciplinare sono le uniche a potersi considerare come "atipiche" o "residuali". Nella legge antiriciclaggio, era stato attribuito loro il nome di "società finanziarie", successivamente cambiato in "intermediari operanti nel settore finanziario", in quanto con il primo termine poteva nascere una certa confusione, potendosi includere anche società che operavano sì nel settore finanziario ma che non esercitavano la vera e propria attività di intermediazione. Allo stesso modo, anche il Testo unico bancario ritrova le medesime difficoltà nella definizione di tali soggetti: all'art. 1, comma 1, lettera g), gli intermediari finanziari sono definiti come i «soggetti iscritti nell'elenco previsto dall'art. 106», precisando, però, che tale definizione è valida ai soli fini della lettura delle relative disposizioni, non avendo, dunque, pretese di scientificità.⁸ L'adozione del criterio formale dell'iscrizione nell'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b., non risultava propriamente corretta: sarebbe stato maggiormente ottimale, secondo l'opinione di molti Autori, il riferimento all'esercizio delle attività elencate all'art. 106. Ma anche in questo caso sarebbero potuti sorgere dei problemi, in quanto le attività riservate di cui all'art. 106,⁹ nonostante i tentativi di definizione da parte dell'allora Ministro del Tesoro,¹⁰ non sembravano avere caratteristiche comuni, ad eccezione di essere tutte attività finanziarie, le quali, peraltro, potevano essere esercitate anche dalle banche. In definitiva, quindi, è possibile definire gli intermediari finanziari, iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b., riferendosi alle caratteristiche delle loro attività, quali intermediari "tipici" che non raccolgono risparmio tra il pubblico, e come intermediari "a riserva residuale", con l'annotazione che possono essere

⁸ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 34.

⁹ Ovvero l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzione di partecipazioni, concessione di finanziamenti, prestazione di servizi di pagamento e intermediazione in cambi.

¹⁰ D'ora in poi si parlerà di Ministro dell'economia e delle finanze, essendo ad oggi questi l'organo interessato nella disciplina degli intermediari finanziari.

considerati come completamente residuali solamente quegli intermediari che esercitano attività finanziarie ancora non specificatamente disciplinate.¹¹

L'intermediazione finanziaria ha conosciuto nel corso degli anni numerosi interventi a livello disciplinare volti a fare chiarezza e ordine in un settore che fino agli anni novanta era stato monopolizzato dalle banche, potendosi dire la stessa cosa anche per il finanziamento al settore produttivo.¹² Questa realtà, però, non è la conseguenza di una riserva di legge, bensì dell'arretratezza del mercato finanziario italiano.¹³ In esso, infatti, vi erano comparti di attività privi di riserve di legge ma anche di intermediari che fossero in grado di operare in concorrenza con le banche. Nella legge bancaria del 1936, infatti, alle banche era riservata solo «la raccolta di risparmio tra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito» (art. 1 legge bancaria 1936), e non ogni attività finanziaria. L'esercizio congiunto di tali due attività, inoltre, doveva riferirsi a fondi rimborsabili ovvero denaro ceduto con obbligo di restituzione.¹⁴ Vi erano, quindi, delle zone grigie nelle quali gli intermediari, la cui definizione non risultava essere così facile, potevano operare privi di qualsiasi disciplina. Ed è proprio in quegli anni che si hanno le prime regolamentazioni delle società finanziarie contenute nelle *Istruzioni* emanate, e pubblicate in Gazzetta Ufficiale n. 122 del 27 maggio 1937, dall'Ispettorato che all'epoca svolgeva le funzioni di vigilanza in vece della Banca Centrale. Tali società dovevano, secondo quanto disposto, fornire informazioni in merito a «denominazione sociale dell'azienda, forma di costituzione, specie di attività svolta, ammontare del capitale sociale o del fondo di conferimento e delle riserve, sede sociale e delle eventuali dipendenze».¹⁵ Come si può facilmente notare, si trattava di obblighi di natura prettamente informativa e patrimoniale, volti a prevenire possibili forme di abusivismo bancario, che sarebbero nate se tali società

¹¹ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 35 ss. Ma anche sullo stesso tema, CIRASOLE D., *op. cit.*

¹² RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 2. L'Autore evidenzia che anche la stessa nozione di attività finanziaria non è uniforme e chiara.

¹³ BELVISO U., *Gli intermediari finanziari residuali (tra storia e nomenclatura)*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI F., PORZIO M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, pag. 1785.

¹⁴ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1786.

¹⁵ CIRASOLE D., *op. cit.*

avessero anche raccolto risparmio tra il pubblico violando l'art. 1 della legge bancaria vigente.¹⁶ A tutta questa situazione di incertezza nel settore dell'intermediazione finanziaria aveva contribuito, però, anche l'inerzia del legislatore che non aveva disciplinato adeguatamente la materia. La necessità di intervenire¹⁷ è stata determinata dall'opinione che andava consolidandosi che, oltre alle banche, anche chi operava nel settore dell'intermediazione finanziaria poteva essere causa di rischi sistemici, con conseguenze negative sulla fiducia del pubblico verso l'intero settore economico di riferimento.¹⁸ Con il tempo, però, a questo si aggiunge l'ulteriore obiettivo di incrementare l'afflusso diretto del risparmio pubblico al capitale di rischio delle imprese: cosa che secondo la maggioranza poteva essere resa possibile soltanto attraverso un'innovazione dell'intero sistema societario, offrendo agli azionisti maggiori garanzie.¹⁹ L'ammodernamento, però, doveva riguardare l'intero settore dell'intermediazione finanziaria e, più in generale, l'intero mercato finanziario. Con la legge 23 marzo 1983, n. 77 venne disciplinata, quindi, una nuova figura di intermediario finanziario, ovvero i fondi di investimento mobiliare aperti. Questa tendenza si ritrova anche nelle leggi successive ovvero la legge 2 gennaio 1991, n. 1, che istituisce le Sim, il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 84, che disciplina le Sicav, la legge 14 agosto 1993, n. 344, istitutiva dei fondi di investimento mobiliare chiusi.²⁰ Si assiste, quindi, in pochi anni alla nascita di una serie di intermediari finanziari che si

¹⁶ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 3 ss.

¹⁷ Uno dei primi interventi che si rinviene in materia è il D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645, che agli artt. 154 e 155 rende possibile per determinate società l'iscrizione in un albo tenuto dalla Banca d'Italia, cui non conseguono controlli amministrativi, ma soltanto la possibilità di usufruire di agevolazioni fiscali. Tali società esercitavano l'attività di assunzione di partecipazioni; finanziamento e coordinamento tecnico e finanziario delle società controllate; compravendita, possesso, gestione o collocamento di titoli pubblici e privati. CARRIERO A. M., *Disciplina ed operatività degli intermediari finanziari*, in RISPOLI FARINA M. (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998, pag. 21 ss.

¹⁸ CLEMENTE F., *Commento sub art. 106*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 845.

¹⁹ CIRASOLE D., *op. cit.* A tal proposito, il legislatore è intervenuto con la legge 7 giugno 1974, n. 216, la quale, in attuazione di una riforma delle società con azioni quotate in borsa, tutela gli azionisti più piccoli e il pubblico dei risparmiatori attraverso l'introduzione di forme di controllo pubblico.

²⁰ Il proliferare di normative era dovuto alla crescente esigenza di una completa revisione della regolamentazione di settore a seguito dell'aumento e della diversificazione delle funzioni delle attività esercitate dalle società finanziarie. CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 846.

possono definire “tipici” in quanto creati dalla legge, che riservava loro l’esercizio di determinate attività, imponendo anche requisiti e strutture, tipizzando la loro organizzazione.²¹ Parallelamente a tutto ciò, erano nate anche altre figure di intermediari, la cui attività consisteva nella concessione di credito mediante prodotti o servizi non disciplinati dalla legge e nella raccolta dei mezzi finanziari in via di principio non tra il pubblico. Vengono, quindi, definiti “atipici”, poiché esercitavano la loro attività sotto l’unico vincolo del diritto comune in spazi del mercato che erano ancora privi di regolamentazione. Si riteneva, infatti, che l’esercizio del credito svincolato dalla raccolta del risparmio tra il pubblico fosse poco rischioso non soltanto per i soggetti coinvolti ma anche per l’intero sistema economico e, quindi, poco meritevole di tutela e di attenzione da parte del legislatore.²² Essi si trovavano ad essere in concorrenza soprattutto con le banche, in quanto la riserva di cui essi godevano era meno rigida rispetto a quella imposta agli intermediari finanziari tipici non bancari.²³ A riprova di tutto ciò, vi è il fatto che la loro disciplina verrà inserita al Titolo V del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, contenuto nel d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, mentre gli intermediari che raccolgono il risparmio e lo convogliano al sistema produttivo ovvero quelli “tipici” saranno disciplinati dal Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, contenuto nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Il fenomeno cui si assiste in quegli anni impone un nuovo sforzo per il legislatore: le banche, infatti, anziché contrastare la crescita di queste nuove figure preferiscono parteciparvi con proprie società attraverso dunque il modello organizzativo del “gruppo polifunzionale”.²⁴ Il legislatore dovette, quindi, disciplinare l’intero gruppo di

²¹ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1788. Questi intermediari, quindi, come le banche, raccolgono risparmio tra il pubblico e lo convogliano verso il sistema produttivo, il tutto grazie ad una serie di controlli pubblici.

²² BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1786.

²³ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1789.

²⁴ La Banca d’Italia, infatti, non riteneva opportuno che le banche estendessero l’ambito della loro tradizionale attività bancaria ricorrendo al modello della “banca universale”. La banca universale viene generalmente definita come un istituto di credito operante su tutti i comparti del mercato del credito e di quello dei titoli, in assenza di vincoli di specializzazione per scadenza o per ambiti operativi. Essenzialmente, essa è caratterizzata dalla presenza al proprio interno di

cui la banca faceva parte ma anche le società operanti nel settore finanziario: è vero, infatti, che non sarebbe stato possibile sottoporre a controllo la sola banca facente parte del gruppo e non anche le altre società che vi appartenevano. Inoltre, l'eventuale adozione di discipline differenziate tra banche e operatori finanziari avrebbe comportato dei problemi a livello concorrenziale fra i due soggetti appartenenti allo stesso gruppo.²⁵ A tal proposito vennero dunque emanate le disposizioni della legge 17 aprile 1986, n. 114, sul controllo delle partecipazioni bancarie, e le disposizioni della legge 30 luglio 1990, n. 218 e il d.lgs. di attuazione 20 novembre 1990, n. 356, sulla ristrutturazione del gruppo creditizio, con le quali si sottoponevano le società finanziarie con funzioni di capogruppo a intensi controlli di vigilanza.²⁶

2.2 La legge antiriciclaggio e il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia a confronto

2.2.1 La disciplina degli intermediari finanziari nella legge antiriciclaggio

Il quadro delineato fino ad ora mette in luce la mancanza di una regolamentazione unitaria e di riferimento per gli operatori del settore e questo poneva due grandi problemi: un pericolo di stabilità del mercato a causa dell'assenza di controlli sugli

un'attività di *commercial banking* e di *investment banking*. Coesistendo, quindi, l'attività creditizia in senso stretto e quella nel comparto dei titoli, essa può fornire fondi a titolo di debito e a titolo di capitale di rischio. Oltre a ciò, la banca universale non ha vincoli in merito alla composizione delle scadenze dell'attivo e del passivo, e all'acquisto di partecipazioni di natura bancaria, parabancaria e industriale. Essa è comunque sottoposta ad alcune limitazioni, ad esempio, in tema di concessione di credito ipotecario e gestione di fondi comuni d'investimento. L'unica possibilità, quindi, per le banche era di estendere la loro attività attraverso società non bancarie da esse controllate, secondo il modello del "gruppo polifunzionale". BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1790.

²⁵ Vi sarebbero stati, infatti, degli effetti distorsivi della concorrenza qualora si fossero lasciate operare le società finanziarie in un regime privo di controlli e quindi in condizioni diverse da quelle cui erano sottoposte le banche.

²⁶ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1791. Si tratta della cosiddetta Legge Amato, confluita poi nel T.U. negli articoli da 59 a 69, secondo la quale nella definizione di gruppo bancario rientravano anche le società finanziarie che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di assunzione di partecipazione, attività ammesse al mutuo riconoscimento nonché attività strumentali. La conseguenza di ciò era che nel gruppo così definito potevano coesistere diverse figure di società finanziarie, con la differenza che coloro i quali erano assoggettati alla disciplina del Titolo V del T.U. non avevano la facoltà di svolgere attività di intermediazione in valori mobiliari. CARRIERO A. M., *op. cit.*, pag. 30 ss.

intermediari finanziari non bancari e una possibile alterazione della concorrenza tra i soggetti per la previsione di un sistema di vigilanza solamente in capo agli enti creditizi.²⁷ Nonostante le esigenze dell'epoca fossero, in prima istanza, la tutela del risparmio e il controllo del mercato finanziario, la prima vera disciplina pubblicistica degli intermediari finanziari non bancari, accomunati dal mancato ricorso alla raccolta del risparmio tra il pubblico nello svolgimento delle loro attività, nasce per motivi sostanzialmente diversi.²⁸ Ci si accorge, infatti, che le istituzioni finanziarie vengono usate dalla delinquenza organizzata per il riciclaggio di denaro sporco e si rende necessario, dunque, l'assoggettamento a controllo di tutti i soggetti che operano nel settore finanziario, indipendentemente dal fatto che raccolgano o meno risparmio tra il pubblico. Il primo passo è fatto con la legge 21 febbraio 1991, n. 52, relativa alla cessione dei crediti d'impresa. La disciplina che era contenuta all'epoca nel diritto comune, infatti, era stata ritenuta inadeguata e, nelle fasi finali del procedimento di approvazione, si era provveduto ad indirizzare tale disciplina anche alla lotta al fenomeno del riciclaggio.²⁹ Poco tempo dopo venne emanato il d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito con modificazioni dalla legge 5 luglio 1991, n. 197, che, oltre a predisporre misure contro il riciclaggio,³⁰ disciplinava anche gli intermediari operanti nel settore finanziario. L'inserimento di tale disciplina nella legge antiriciclaggio poteva essere facilmente spiegato se si pensa allo stretto collegamento intercorrente tra il fenomeno in questione e il sistema finanziario. E' vero, infatti, che permanendo ancora zone grigie nel settore dell'intermediazione finanziaria, queste potevano essere usate come circuito preferenziale per il transito del denaro sporco, rendendo quindi

²⁷ COTTERLI S., *La disciplina degli intermediari finanziari nella legge n. 197 del 5 luglio 1991*, in *Banca, impr. soc.*, 1992, pag. 271.

²⁸ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1791.

²⁹ L'art. 2, comma 1°, legge 21 febbraio 1991, n. 52, oggi abrogato dal Testo unico bancario, recitava: «La Banca d'Italia esercita sul corretto svolgimento della suddetta attività, anche al fine di impedire l'impiego di danaro, beni o attività di provenienza illecita». BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1792. Tale disposizione va spiegata con la necessità di contrastare la crescita del fenomeno presso gli intermediari finanziari non bancari che qualora non facessero parte di un gruppo bancario erano all'epoca esenti da qualsiasi controllo pubblico. RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 19.

³⁰ L'intento di combattere tale fenomeno risulta chiaro anche dalla semplice lettura del titolo stesso che parla di «provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio».

inefficace la lotta al riciclaggio stesso.³¹ Il contrasto di tale fenomeno divenne, quindi, occasione per garantire il buon funzionamento del mercato dell'intermediazione finanziaria attraverso l'assoggettamento a controllo pubblico degli intermediari fino a quel momento privi di regolamentazione. Il fenomeno del riciclaggio, infatti, può essere qualificato come economico-finanziario in ragione delle conseguenze e degli effetti distorsivi che esso può produrre sulle variabili economiche, sui meccanismi di allocazione delle risorse, sull'efficiente impiego delle stesse e sulle dinamiche della ricchezza di un Paese.³² Si è resa, quindi, necessaria la predisposizione di misure cautelari e preventive a presidio del settore finanziario.³³ Si delinea, pertanto, per la prima volta una disciplina organica e precisa, a differenza delle precedenti che avevano regolamentato sempre singoli segmenti di mercato. Tale disciplina è comunemente definita degli intermediari finanziari "residuali", accentuando il carattere di chiusura della regolamentazione in oggetto.³⁴ Essa sottoponeva gli intermediari finanziari non bancari a controlli sempre più crescenti, graduandoli sulla base di parametri collegati al rischio che gli operatori non tipizzati potevano comportare per il mercato.³⁵ Il controllo che si predisponneva, quindi, con la legge 197/1991 era volto ad assicurare una necessità di trasparenza, sia con riferimento

³¹ ANTONUCCI A., *Gli intermediari finanziari "residuali" dalla legge antiriciclaggio al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Rassegna Economica*, 1994, pag. 245.

³² RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 21.

³³ Strumenti simili sono stati estesi anche sul versante del contrasto del finanziamento del terrorismo che, analogamente a quanto accade per il fenomeno del riciclaggio, è strettamente collegato con il sistema finanziario. Va ricordato, inoltre, che la dimensione sempre più internazionale del problema aveva reso necessario l'intervento e il coinvolgimento di organismi internazionali, nonché il coordinamento delle autorità nazionali competenti, al fine di emanare strumenti regolamentari e valutare l'adeguatezza degli ordinamenti antiriciclaggio nazionali. La direttiva n. 91/308/CEE del 10 giugno 1991, modificata dalla direttiva n. 2001/97/CE del 4 dicembre 2001, a tal proposito, aveva stabilito che gli Stati membri dovessero prevedere esplicitamente nelle rispettive normative nazionali il divieto del riciclaggio, definito come attività criminosa finalizzata a mascherare l'origine illecita dei beni e degli utili che derivano da un'altra attività criminosa. Essa prevedeva, inoltre, una serie di soggetti cui erano imposti obblighi con finalità di antiriciclaggio. La cosiddetta terza direttiva, ovvero la n. 2005/60/CE, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 231/2007, poi, prevede la possibilità per gli Stati membri di ampliare la gamma dei soggetti sottoposti ai previgenti obblighi, in ragione della suscettibilità di tali attività di essere usate a scopo di riciclaggio o finanziamento del terrorismo. RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 21 ss.

³⁴ ANTONUCCI A., *op. cit.*, pag. 246.

³⁵ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 273.

all'esistenza dell'operatore finanziario, sia con riferimento alla sua gestione.³⁶ Tale disciplina comprendeva, secondo quanto risulta dal combinato disposto degli artt. 4, comma 2, e 6, comma 1, gli intermediari che esercitavano attività di «concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, compresa la locazione finanziaria; assunzione di partecipazioni; intermediazione in cambi; servizi di incasso, di pagamento e di trasferimento di fondi anche mediante emissione e gestione di carte di credito». La disciplina che si ritrovava al capo II della legge antiriciclaggio di cui si sta parlando prevedeva un sistema di controlli articolato in tre cerchi concentrici. Questa articolazione era disegnata dall'art. 6, comma 1, comma 2 e *2-bis* e dall'art. 7, l. 197/91.

2.2.1.1 Il primo livello di controlli: l'elenco generale

Il primo livello coinvolgeva tutti gli intermediari che esercitavano, o intendevano esercitare, in via prevalente attività finanziaria “residuale”, assoggettandoli all'iscrizione in un elenco tenuto dal Ministro del Tesoro, il quale si avvaleva dell'Ufficio Italiano dei Cambi³⁷. La Banca d'Italia e la Consob dovevano essere soltanto informate dell'iscrizione.³⁸ A questa iscrizione era collegata, appunto, una riserva di legge, secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 4 e 6, l. 197/91, come ricordato in precedenza. Era prevista, inoltre, una sanzione penale qualora il soggetto operasse in assenza di iscrizione, ovvero la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da quattro a venti milioni di lire.³⁹ Va ricordato, in questa sede, l'intervento del Ministro del Tesoro, successivo all'emanazione della

³⁶ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 273.

³⁷ L'Ufficio Italiano dei Cambi, brevemente UIC, è un istituto di diritto pubblico nato nel 1945, inizialmente titolare del monopolio dei cambi e dell'oro. Successivamente gli vennero affidate altre competenze quali quelle relative al contrasto del fenomeno del riciclaggio e agli intermediari finanziari.

³⁸ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 286.

³⁹ Va ricordato in particolare il comma 9 dell'art. 6, l. 197/91, secondo il quale la pena è «aumentata fino al doppio quando il fatto è commesso adottando modalità operative tipiche delle aziende di credito o comunque tali da determinare tra il pubblico l'errato convincimento che l'azienda fosse autorizzata ad esercitare attività bancaria».

legge antiriciclaggio, con la circolare 26 giugno 1992, n. 1, nella quale venivano fornite una serie di indicazioni pratiche e delle precisazioni in merito all'applicazione delle disposizioni che si stanno analizzando. Per quanto attiene alla definizione di "esercizio in via prevalente" di una o più delle attività di cui all'art. 4, comma 2, l. 197/91, nella quale si riprende fedelmente la definizione data dal d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 87, si doveva far riferimento all'ultimo bilancio approvato dell'intermediario. In particolare, affinché si trattasse di esercizio in via prevalente, doveva risultare che: «a) l'ammontare complessivo degli elementi dell'attivo di natura finanziaria di cui alle anzidette attività, unitariamente considerate, inclusi gli impegni a erogare fondi e le garanzie rilasciate, sia superiore al cinquanta per cento del totale dell'attivo, inclusi gli impegni a erogare fondi e le garanzie rilasciate; b) l'ammontare complessivo dei proventi prodotti dagli elementi dell'attivo di cui alla precedente lettera a), dei profitti derivanti da operazioni di intermediazione su valute e delle commissioni attive percepite sui servizi di cui al medesimo art. 4, comma 2, sia superiore al cinquanta per cento dei proventi complessivi».⁴⁰ I requisiti dovevano sussistere congiuntamente, ad eccezione degli intermediari che esercitavano servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi e di intermediazione in cambi, per i quali si poteva parlare di esercizio in via prevalente al solo verificarsi della seconda condizione. Per quanto attiene le società di nuova costituzione che intendevano richiedere l'iscrizione nell'elenco, poi, esse avrebbero dovuto prevedere espressamente nello statuto l'esercizio di una o più delle attività di cui all'art. 4, comma 2. La stessa cosa valeva anche per le società che risultavano già iscritte nell'elenco.⁴¹ L'altro onere imposto agli intermediari finanziari riguardava i requisiti di onorabilità dei soci e degli esponenti aziendali. L'art. 8 della l. 197/91 estendeva, infatti, le norme per gli enti creditizi dettate in materia dal D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 ai soggetti che erano

⁴⁰ Art. 2, circolare del Ministro del Tesoro 26 giugno 1992, n. 1 recante «Disposizioni in ordine all'elenco degli intermediari operanti nel settore finanziario di cui al capo II del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito dalla legge 5 luglio 1991, n. 197».

⁴¹ Si veda a tal proposito la circolare 26 giugno 1992, n. 1 del Ministro del Tesoro, recante «Disposizioni in ordine all'elenco degli intermediari operanti nel settore finanziario di cui al capo II del decreto-legge 3 maggio 1991, n.143, convertito dalla legge 5 luglio 1991, n.197».

tenuti all'iscrizione nell'elenco generale.⁴² L'art. 7 del D.P.R. 350/1985 prevedeva che il diritto di voto fosse sospeso, a determinate condizioni, qualora risultassero soggetti che detenevano, direttamente o indirettamente, partecipazioni superiori al due per cento del capitale di un ente creditizio. La sospensione operava per la parte eccedente la percentuale fissata, solamente qualora tali soggetti fossero sottoposti a misure di prevenzione per reati mafiosi o fossero stati condannati con sentenza irrevocabile alla reclusione per reati bancari, societari o fallimentari.⁴³ L'obbligo di controllare l'applicazione della disciplina in oggetto era completamente interno, affidando, inoltre, ad amministratori e sindaci⁴⁴ l'obbligo di impugnare la delibera assembleare qualora la maggioranza per l'approvazione della stessa fosse stata raggiunta con voto determinante di coloro il cui diritto di voto doveva essere sospeso secondo quanto previsto dalla disciplina.⁴⁵ A differenza di quanto previsto per gli enti creditizi, anche pubblici, per gli intermediari finanziari non bancari non era sancito alcun obbligo di comunicazione. Per quanto riguarda, invece, i requisiti di onorabilità richiesti per gli esponenti aziendali, si fa riferimento all'art. 8, comma 2, l. 197/91 che richiamava l'art. 5 del D.P.R. 350/1985, assoggettando alla disciplina amministratori, sindaci, direttori ma anche i dirigenti muniti di rappresentanza. Tale articolo del D.P.R. era richiamato anche con riferimento alle situazioni ostative all'assunzione della carica, riprendendole da quelle previste per gli enti creditizi, al cui controllo erano deputati ancora una volta gli organi interni della società. In particolare, l'obbligo era previsto in capo al consiglio di amministrazione, o all'organo titolare della funzione equivalente

⁴² COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 287.

⁴³ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 287.

⁴⁴ Tutto ciò secondo il principio espresso dall'art. 2377 c.c.

⁴⁵ E' necessario precisare che l'art. 9 della legge 4 giugno 1985, n. 281, modificato dall'art. 31 della legge 19 giugno 1990, n. 55, che ne estende l'applicabilità a tutti gli enti creditizi anche pubblici, e successivamente dall'art. 4 del d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 90, istituiva, per gli enti creditizi, un obbligo di comunicazione scritta da parte della società partecipante, alla società partecipata e alla Banca d'Italia qualora si detenessero partecipazioni superiori alla soglia fissata del due per cento e qualora vi fossero successive variazioni. In caso di omissione le delibere assembleari, la cui maggioranza fosse stata raggiunta con voto determinante dei soci che non potevano esprimere il loro voto, potevano essere impuginate anche dalla Banca d'Italia, oltre che secondo le normali regole dettate dalle norme di diritto comune. COSTI R., *L'identificazione dei soci delle società bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 1986, pag. 231.

qualora si fossero adottati modelli societari diversi da quello tradizionale, il quale aveva l'onere di dichiarare la decadenza dalla carica entro novanta giorni dal momento in cui ne fosse venuto a conoscenza. A differenza di quanto previsto per gli enti creditizi all'art. 6 del D.P.R. 350/1985, non vi erano oneri informativi nei confronti del C.d.A. per i soggetti interessati, dovendosi, quindi, desumere la necessità di un controllo periodico da parte del C.d.A. stesso in merito ad eventuali situazioni impeditive che potevano sopravvenire o essere preesistenti.⁴⁶ Tali situazioni erano: l'interdizione legale, l'interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, la sottoposizione a misure di prevenzione per reati di tipo mafioso, o la condanna irrevocabile per reati particolarmente gravi.⁴⁷ Diversamente dalla previsione per gli enti creditizi dell'art. 6 del D.P.R. 350/1985, non era previsto l'intervento della Banca d'Italia in caso di inerzia degli amministratori, rafforzando, invece, l'importanza del controllo con la previsione di una sanzione penale che, in caso di omessa dichiarazione di decadenza, constava nella reclusione fino ad un anno e nella multa da cinquecentomila fino a cinque milioni di lire. Era, poi, istituito a carico del collegio sindacale un obbligo di comunicazione alla Banca d'Italia di tutte le violazioni di legge riscontrate dallo stesso collegio, al quale venivano, appunto, affidati compiti di "vigilanza" sulla corretta applicazione delle disposizioni di legge.

2.2.1.2 Il secondo livello di controlli: la vigilanza di tipo cartolare

All'interno, poi, di tutti gli intermediari che rientravano nel primo livello, si ricavava il secondo livello costituito da coloro che svolgevano la loro attività nei confronti del pubblico, che erogavano credito al consumo,⁴⁸ anche se nei confronti dei

⁴⁶ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 288.

⁴⁷ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 288.

⁴⁸ Per la definizione di credito al consumo si veda la circolare n. 1 del 26 giugno 1992 dell'allora Ministro del Tesoro, secondo la quale, all'art. 4, è da intendersi la «concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria (finanziamento) a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce, in tale rispetto, per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta». La circolare aggiungeva, inoltre, che non

soci, o svolgevano attività di locazione finanziaria, i quali erano assoggettati ad una particolare disciplina che prevedeva anche un controllo che si può definire di tipo cartolare.⁴⁹ Le principali differenze rispetto agli intermediari del primo livello erano relative prevalentemente all'organizzazione societaria e ad alcuni obblighi di tipo informativo nei confronti dell'UIC. Il primo requisito richiesto agli intermediari finanziari che rientravano in tale categoria era innanzitutto la forma societaria, ovvero la forma delle società di capitali,⁵⁰ con un capitale sociale versato che non fosse inferiore a cinque volte quello minimo richiesto per la costituzione delle società per azioni.⁵¹ Era fatta salva in ogni caso la possibilità per il Ministro del Tesoro, sentita la Banca d'Italia, di indicare una misura inferiore di tale capitale minimo per particolari categorie di soggetti, con la limitazione dell'adozione di criteri oggettivi nella predisposizione di tali eccezioni, ovvero l'accortezza di basarsi sul fatto che alcune attività di intermediazione potevano costituire un rischio minore per il mercato. Per quanto riguarda, poi, i requisiti per gli esponenti aziendali, al requisito dell'onorabilità, previsto d'altra parte anche per gli intermediari del primo livello, si aggiungeva quello della professionalità. A questo punto il legislatore si trovava a dover affrontare un altro problema, ovvero quello degli amministratori, sindaci o direttori generali i quali avessero subito una condanna non definitiva ad uno dei reati già elencati o l'applicazione provvisoria di una misura interdittiva. La soluzione, che risultò essere estremamente efficace al punto da essere applicata anche agli enti creditizi, fu il ricorso all'istituto della sospensione dalle cariche, collocato all'art. 9 al capo III della legge antiriciclaggio, da dichiararsi a cura del consiglio di amministrazione entro trenta giorni dal momento in cui lo stesso ne fosse venuto a conoscenza. Anche in questo caso era prevista una sanzione penale in caso di omessa sospensione dalla carica che consisteva nella reclusione fino ad un anno e nella multa da cinquecentomila fino a cinque milioni di lire. E' necessario ricordare, inoltre, che tale istituto non era previsto

erano qualificabili come credito al consumo i finanziamenti a favore di persone giuridiche, imprenditori o professionisti persone fisiche per la loro attività di impresa o professionale.

⁴⁹ ANTONUCCI A., *op. cit.*, pag. 249.

⁵⁰ Ad eccezione delle società di leasing le quali erano autorizzate nella sola forma della società per azioni. COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 290.

⁵¹ All'epoca era pari ad un miliardo di lire.

per gli intermediari del primo livello: la scelta, tuttavia, compariva, agli occhi di molti Autori, incomprensibile, in quanto le norme dettate al primo livello erano valide per tutti gli intermediari, essendo gli ulteriori livelli disciplinari destinati a sottocategorie di soggetti ricavate dall'insieme generale del primo livello. Inoltre, l'istituto della sospensione dalle cariche non trovava applicazione nei confronti dei dirigenti muniti di rappresentanza, i quali erano assoggettati soltanto alle norme generali sull'onorabilità.⁵² L'ulteriore differenza che si rinveniva nella disciplina degli intermediari del secondo livello era relativa ai mancati richiami al D.P.R. 350/1985, preferendo il legislatore adottare una disciplina nuova. Si richiedeva, dunque, che coloro i quali ricoprivano cariche a livello di amministrazione, direzione, controllo o funzioni similari avessero svolto per un periodo almeno pari a tre anni un'attività di tipo professionale in materie attinenti al settore giuridico, economico e finanziario o di insegnamento nelle medesime materie o di amministrazione o dirigenza presso enti pubblici economici o imprese del settore finanziario o società di capitali.⁵³ Si era parlato, in precedenza, di obblighi di tipo informativo a carico degli intermediari finanziari del secondo livello. Annualmente, entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio, l'UIC doveva essere informato circa le persone che ricoprivano le cariche dirigenziali e di sindaco, nonché le cariche ricoperte nel corso dell'ultimo anno, e questo doveva essere fatto anche in caso di nuova nomina. Anche in questo caso era prevista una sanzione penale che consisteva, in caso di omissioni, nell'arresto fino a tre mesi o in un'ammenda da due a venti milioni di lire, mentre in caso di false dichiarazioni, nella reclusione fino a tre anni qualora il fatto non costituisse reato più grave.⁵⁴ Sulla base del verbale di approvazione del bilancio, dovevano essere effettuate

⁵² COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 289.

⁵³ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 290 ss. L'unico appunto da fare in merito a tale disposizione è il fatto che non si prendevano in considerazione la capacità o la diligenza mostrate da tali soggetti. Inoltre era previsto, all'art. 6, commi 5 e 6, l. 197/91, che almeno un sindaco e un supplente, ai quali era affidata la presidenza del consiglio fosse iscritto all'albo dei ragionieri o dei dottori commercialisti o dei revisori ufficiali dei conti.

⁵⁴ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 291.

le comunicazioni all'UIC relativamente, inoltre, all'elenco nominativo dei soci, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 6, l. 197/91.⁵⁵

2.2.1.3 Il terzo livello di controlli: l'elenco speciale

Per quanto riguarda, invece, il terzo e ultimo livello predisposto dalla legge antiriciclaggio, va ricordato che questo poteva essere considerato come un sottoinsieme del precedente, la cui determinazione era lasciata alla competenza del Ministro del Tesoro, secondo quanto previsto dall'art. 7, comma 1, l. 197/91. Gli intermediari così classificati dovevano iscriversi in un elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia, che li assoggettava ad un controllo di matrice puramente bancaria, riconducibile alla logica prudenziale prevista per gli enti creditizi.⁵⁶ La prima differenza sostanziale rispetto ai due livelli precedentemente analizzati era la mancata individuazione dei soggetti che appartenevano a tale livello, in quanto questa era rimessa al Ministro del Tesoro, il quale, sentite la Banca d'Italia e la Consob, stabiliva con proprio regolamento chi dovesse essere assoggettato alla disciplina prevista dall'art. 7 della legge antiriciclaggio. Questa disposizione prevedeva, inoltre, che la discrezionalità del Ministro del Tesoro fosse circoscritta in quanto venivano previsti tre criteri cui attenersi, ovvero l'attività svolta dall'intermediario, la sua dimensione e il rapporto tra indebitamento e patrimonio, e naturalmente, il fatto di avere come unico fine quello del perseguimento degli obiettivi fissati dalla normativa stessa. Le obiezioni sollevate in merito alla scelta dell'attività svolta come criterio deputato a individuare gli intermediari assoggettati alla disciplina di terzo livello si sono

⁵⁵ Il riferimento al verbale dell'assemblea, quale specificato nella norma, avrebbe potuto far sorgere alcuni problemi pratici, in merito al fatto che secondo una tesi consolidata e conforme alle previsioni della Corte di Cassazione – con la sentenza del 30 ottobre 1970 – era possibile redigere tali verbali anche in forma sintetica con la sola annotazione dell'entità del capitale intervenuto e dei risultati della votazione. L'Assonime, Associazione Italiana Società per Azioni, si è espressa a tal proposito con la circolare 9 agosto 1991, n. 110, auspicando che le autorità destinatarie di tali flussi informativi considerassero adeguatamente questa situazione e non sollevassero, di conseguenza, eccezioni sul fatto che la lista con i nominativi di soci giungesse separatamente rispetto al verbale dell'assemblea. COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 292.

⁵⁶ ANTONUCCI A., *op. cit.*, pag. 249.

susseguite nel corso degli anni. Innanzitutto ci si chiese se effettivamente il criterio dell'attività svolta potesse essere pertinente, in quanto le attività erano quelle elencate all'art. 4 della stessa legge antiriciclaggio, esercitate pertanto anche dai soggetti sottoposti alla disciplina di primo e secondo livello. A ben vedere, quindi, tutti i soggetti che svolgevano le predette attività avrebbero dovuto essere assoggettati ad un controllo di tipo prudenziale. Si era, poi, ipotizzata la possibilità di temperare i controlli sulla base della localizzazione geografica in cui queste attività erano svolte, essendovi luoghi in cui la criminalità era maggiormente sviluppata e radicata. Anche in questo caso, però, vi sarebbero potuti essere dei problemi di contrasto, in particolare con l'art. 3 della Costituzione: non vi sarebbe stata la certezza dei controlli auspicata fin da sempre dal legislatore, e vi sarebbe stato un eccesso di delega all'autorità amministrativa competente, in quanto tali scelte avevano un carattere prettamente politico. Si sarebbe arrivati a una situazione di incompatibilità con l'art. 3 della Costituzione anche nel caso si fosse effettuata una selezione sulla base delle modalità operative con cui venivano svolte le attività.⁵⁷ Certamente gli altri due criteri erano più adeguati allo scopo, che era quello di individuare i soggetti che necessitavano di una maggior tutela e controllo in quanto più pericolosi per l'intero mercato finanziario. La dimensione dell'intermediario, infatti, è strettamente collegata alla sua rilevanza nel mercato, ma soprattutto è facilmente misurabile attraverso parametri oggettivi che possono essere desunti, ad esempio, dal bilancio stesso. Per quanto riguarda, invece, il rapporto tra indebitamento e patrimonio, anch'esso può essere desunto dal bilancio e, quindi, facilmente quantificabile sulla base di dati oggettivi.⁵⁸ Inoltre, al primo comma dell'art. 7, l. 197/91, si escludevano dall'ambito di applicazione della disciplina gli intermediari che svolgevano le suddette attività nei confronti di società controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c., volendo quindi escludere coloro i quali operavano

⁵⁷ Basti pensare al caso del leasing, limitando il controllo prudenziale al solo *leaseback*: ci sarebbe una discriminazione non giustificata e lesiva della concorrenza sul mercato. COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 293.

⁵⁸ Tale disposizione rientrava nella nuova tendenza a ridurre la discrezionalità delle autorità deputate ai controlli, in particolare per gli enti creditizi, ricorrendo, appunto, a criteri oggettivi, quali sono i coefficienti patrimoniali.

nell'ambito del gruppo di appartenenza.⁵⁹ Il controllo su questi soggetti era affidato alla Banca d'Italia, in funzione della stretta correlazione che si può individuare tra essi e gli enti creditizi. Gli intermediari finanziari che rientravano, quindi, nel terzo livello erano tenuti all'iscrizione in un elenco, cosiddetto speciale. I poteri conferiti all'autorità di vigilanza erano estremamente ampi, dalla possibilità di dettare regole per l'adeguatezza patrimoniale e criteri per limitare la concentrazione dei rischi, nonché in tema di bilanci e situazioni periodiche, per assicurare la trasparenza degli intermediari stessi.⁶⁰ La Banca d'Italia era altresì dotata di una serie di poteri a livello informativo e ispettivo. Naturalmente la Banca d'Italia doveva attenersi alle direttive dettate in materia dal Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, il quale fissava degli obiettivi, che l'autorità di vigilanza poteva raggiungere avendo a disposizione un'ampia serie di strumenti possibili da adottare.

2.2.1.4 Le esenzioni dalla disciplina della legge antiriciclaggio

All'art. 8, comma 2-ter, l. 197/91, venivano elencati, poi, tutti gli intermediari che non erano assoggettati alla disciplina del capo II della legge antiriciclaggio,⁶¹ in quanto già sottoposti a forme di vigilanza sulla base di leggi speciali. Si trattava, in particolare delle società cooperative che svolgevano una delle attività di cui all'art. 4, comma 2, l. 197/91, sottoposte alla vigilanza del Ministro del lavoro e della previdenza sociale secondo il d.lgs. 14 dicembre 1947, n. 1577; le società finanziarie sottoposte alla

⁵⁹ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 294.

⁶⁰ Si evidenzia, a tal proposito, l'analogia fra l'art. 7 della legge 197/1991 e l'allora vigente art. 14 della legge 10 febbraio 1981, n. 23, il quale costituiva il fondamento dei poteri della Banca d'Italia nei confronti degli istituti di credito. All'art. 14 si prevedeva, però, a differenza di quanto disposto nella legge antiriciclaggio, che la Banca d'Italia potesse intervenire soltanto in merito alla prevenzione della concentrazione dei rischi e alle forme tecniche dei bilanci e delle situazioni periodiche.

⁶¹ Erano esenti dall'applicazione di suddetta disciplina le società di factoring, iscritte all'albo di cui alla legge 21 febbraio 1992, n. 52, le quali rimanevano tuttavia soggette all'obbligo di iscrizione all'elenco qualora esercitassero l'attività di acquisto e cessione dei crediti sorti al di fuori dell'esercizio di un'impresa; le società finanziarie con funzioni di capogruppo di gruppi creditizi di cui al d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356; le società finanziarie per l'innovazione e lo sviluppo delle piccole imprese secondo quanto previsto dalla legge 5 ottobre 1991, n. 317; i cambiavalute autorizzati secondo le previsioni all'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148.

vigilanza del Ministro del lavoro e della previdenza sociale secondo le disposizioni della legge 27 febbraio 1945, n. 49; le società finanziarie tenute agli obblighi verso la Consob secondo le previsioni della legge 7 giugno 1974, n. 216.

2.2.2 La disciplina degli intermediari finanziari nel Testo unico bancario

Pertanto, ricapitolando in breve, la legge antiriciclaggio prevedeva una disciplina degli intermediari costruita su “tre cerchi concentrici”: una disciplina di primo livello applicabile a tutti gli intermediari che svolgevano in via prevalente le attività elencate dalla stessa legge; una disciplina più specifica destinata a coloro che, fra gli intermediari del primo livello, svolgevano la propria attività nei confronti del pubblico;⁶² una disciplina di sottospecie applicabile agli intermediari, compresi quelli del secondo livello, che però erano ritenuti meritevoli di una maggior tutela visto il loro maggior rilievo nel mercato finanziario. La logica qui esposta, che dà importanza alla prevalenza dell’attività prima che all’esercizio nei confronti del pubblico,⁶³ è perfettamente aderente allo scopo della legge in cui era essa stessa inserita, ovvero la lotta al riciclaggio. Tale logica, però, non poteva essere adottata allo stesso modo nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui scopo primario era quello di dettare regole per il mercato finanziario e per i soggetti che in questo operano, nonostante permanga comunque l’obiettivo di combattere la criminalità organizzata.⁶⁴ La disciplina degli intermediari finanziari contenuta nel Titolo V del Testo unico bancario razionalizza e coordina, adattando alla sua diversa logica, tutte le disposizioni presenti in diverse normative che erano già state emanate, quali, ad esempio, la legge 52/1991, la legge 197/1991 e la legge 317/1991, con l’esclusione di coloro i quali avevano funzioni di capogruppo di gruppo bancario, i quali vennero disciplinati dagli

⁶² Il concetto di esercizio nei confronti del pubblico è stato definito dalla circolare del Ministro del Tesoro 26 giugno 1992, n. 1 e verrà analizzato diffusamente nei capitoli successivi.

⁶³ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 28.

⁶⁴ Tale obiettivo si può riscontrare nell’affidamento all’UIC e non alla Banca d’Italia del controllo generalizzato degli intermediari finanziari e nella richiesta dei requisiti di onorabilità per gli esponenti aziendali.

artt. 60 a 69, 98 e 105 t.u.b.⁶⁵ Il fulcro della disciplina si sposta, quindi, sull'esercizio nei confronti del pubblico. Infatti, si può notare come la categoria primaria della legge antiriciclaggio, ovvero quella dei soggetti che esercitano in via prevalente le attività già ricordate, diventa nel Testo unico bancario la categoria residuale dei soggetti non operanti nei confronti del pubblico, ai quali è riservata una sezione speciale dell'elenco generale.

2.2.2.1 L'elenco generale

Analizzando più specificatamente la disciplina del Testo unico bancario, si può notare che il legislatore ha voluto mantenere l'impostazione già adottata nella legge antiriciclaggio, invertendone l'ordine e distinguendo tra soggetti tenuti all'iscrizione nell'elenco generale previsto all'art. 106, nell'elenco speciale secondo le previsioni dell'art. 107 e in un'apposita sezione dell'elenco generale secondo quanto disposto dall'art. 113. A differenza della legge 197/1991, il Testo unico bancario utilizza come requisito comune a tutti gli intermediari finanziari l'esclusività dell'oggetto sociale, secondo la previsione dell'art. 106, comma 2, t.u.b., che si accompagna, quindi, ad una riserva di attività.⁶⁶ Le attività finanziarie oggetto di tale riserva, elencate all'art. 106 t.u.b., sono pressoché identiche a quelle previste nella normativa previgente, e sono l'attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi. L'art. 106 t.u.b. precisa che l'esercizio delle suddette attività nei confronti del pubblico è «riservato a intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco tenuto dal Ministro del Tesoro». Anche se a prima vista potrebbe esserci una certa somiglianza tra questa categoria di soggetti e coloro che rientrano nel secondo livello disciplinare della legge antiriciclaggio per il riferimento all'esercizio nei confronti del pubblico, va evidenziato

⁶⁵ BELVISO U., *op. cit.*, pag. 1795.

⁶⁶ Si noti come la riserva non può essere intesa in senso stretto, in quanto le banche, ad esempio, possono svolgere le attività finanziarie in oggetto, nel rispetto della propria disciplina statutaria. Tale riserva andrà, quindi, intesa come una riserva a senso unico valida nei confronti dei soggetti non controllati. ANTONUCCI A., *op. cit.*, pag. 250.

che al secondo comma dell'art. 106 t.u.b. viene sancito il carattere di esclusività che deve assumere l'oggetto sociale.⁶⁷ Per poter essere iscritti all'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b. è necessario, quindi, che l'oggetto sociale sia di tipo esclusivamente finanziario.⁶⁸ Si richiede l'intervento dell'attuale Ministro dell'economia e delle finanze, con proprio regolamento o decreto, sentita la Banca d'Italia e l'UIC, per quanto attiene la determinazione del contenuto delle attività e la definizione del concetto di pubblico. Per quanto riguarda in particolare questo secondo tema, si ricorda che il Ministro era già intervenuto con la circolare 26 giugno 1992, n. 1, all'art. 3, adottando una definizione basata su criteri quantitativi, quali le caratteristiche di vastità ed estensione, anche potenziale, della gestione.⁶⁹ In merito alla disciplina emanata con il Testo unico bancario si richiede per l'iscrizione nell'elenco generale la forma della società di capitali,⁷⁰ con capitale sociale versato almeno pari a cinque volte quello previsto per le società per azioni, come era già stato disposto anche dalla legge antiriciclaggio. Sui requisiti per gli esponenti aziendali si richiede oltre all'onorabilità anche la professionalità e l'indipendenza,⁷¹ rinviando alle disposizioni della legge 197/1991 fino all'emanazione di apposito regolamento da parte del Ministro dell'economia e delle finanze. La prima importante novità introdotta dal Testo unico bancario è l'obbligo di comunicazione, in tema di partecipazioni, da parte della società

⁶⁷ COTTERLI S., *Gli intermediari finanziari nel testo unico sul credito*, in *Banca, impr. soc.*, 1994, pag. 93.

⁶⁸ Si afferma, quindi, indirettamente, il principio della separatezza tra settore finanziario e settore produttivo, già auspicata per il settore bancario.

⁶⁹ L'adozione di tale criterio è condivisa da molti autori, tra cui COTTERLI S., in *op.cit.*, 1994, pag. 95, in quanto l'obiettivo della stabilità del mercato finanziario può essere raggiunto solamente attraverso l'adozione di criteri quantitativi. Il medesimo criterio è adottato anche per le società che operano nell'ambito limitato dei propri soci, dovendosi fare riferimento alle forme di adesione al contratto societario verificando se «la qualità di socio possa essere assunta agevolmente e sia acquisibile da una estesa cerchia di persone», secondo quanto previsto dalla circolare 26 giugno 1992, n. 1, all'art. 3.1.

⁷⁰ La forma richiesta è pertanto quella della società per azioni, della società in accomandita per azioni, oppure della società a responsabilità limitata, ovvero della società cooperativa. Per quanto riguarda, invece, le società di leasing, esse possono adottare esclusivamente la forma della società per azioni, cosa che tra l'altro era già stata prevista dalla legge antiriciclaggio.

⁷¹ A tal proposito, è sufficiente ricordare che tale requisito è stato aggiunto a seguito della riforma di diritto societario avvenuta nel 2004, con la quale il suddetto requisito è stato previsto, dal d.lgs. 37/2004, per tutti gli esponenti delle società commerciali, pertanto, anche delle banche e degli intermediari finanziari. Come per gli altri requisiti, anche in tal caso è richiesto l'intervento del Ministro dell'economia e delle finanze per la sua determinazione.

partecipante, all'intermediario partecipato e all'UIC⁷² delle partecipazioni detenute, ed eventuali variazioni successive, superiori alla soglia che è stata fissata con provvedimento emanato in data 31 dicembre 1993 recante «Obblighi di comunicazione delle partecipazioni rilevanti al capitale di intermediari finanziari», al cinque per cento del capitale con diritto di voto. La comunicazione in oggetto deve essere effettuata, secondo le disposizioni dell'art. 1 del provvedimento, entro trenta giorni dal superamento della soglia fissata, mentre per quanto riguarda le variazioni successive, in aumento o in diminuzione, corrispondenti a multipli del cinque per cento va osservato lo stesso termine. La comunicazione prescinde in ogni caso dall'ammontare della partecipazione detenuta in caso di partecipazioni che consentano il controllo della società stessa. In caso di mancata comunicazione, il diritto di voto è sospeso per la parte eccedente la percentuale stabilita. Qualora il voto fosse stato comunque espresso e fosse stato determinante in assemblea, la deliberazione sarebbe stata impugnabile, secondo le previsioni dell'art. 2377 codice civile.⁷³ La disciplina del Testo unico bancario prevede, poi, un potere di informazione in capo all'UIC,⁷⁴ da potersi esercitare anche nei confronti di terzi al fine di vigilare sulla corretta osservanza dell'obbligo di comunicazione in merito alle partecipazioni detenute. All'art. 112 t.u.b. si trova, inoltre, la previsione di un obbligo di trasmissione da parte del presidente del collegio sindacale all'UIC, o alla Banca d'Italia per gli intermediari dell'elenco speciale, dei verbali delle riunioni e degli accertamenti circa eventuali violazioni normative. Tale obbligo si inserisce nel tentativo di un coinvolgimento degli organi deputati al controllo interno nella vigilanza sul corretto funzionamento delle società stesse, che peraltro si nota già nella legge antiriciclaggio, con la quale era stato istituito

⁷² L'obbligo di comunicazione va assolto nei confronti della Banca d'Italia per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b.

⁷³ Per gli intermediari iscritti all'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. è altresì previsto un potere di impugnazione in capo alla Banca d'Italia. Tale impugnazione deve essere proposta entro sei mesi dalla data della deliberazione o, se prescritta, dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese.

⁷⁴ Per gli intermediari iscritti all'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. tale potere è in capo all'organo di vigilanza che, in tal caso, è la Banca d'Italia.

il cosiddetto “collegio sindacale poliziotto”.⁷⁵ Le ultime novità sono state introdotte con il decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29 e riguardano innanzitutto le modalità di iscrizione: non è più richiesta la presentazione di tutta la documentazione che veniva elencata nel precedente decreto del 6 luglio 1994, ma si richiede solamente l’attestazione del possesso dei requisiti da parte del soggetto che richiede l’iscrizione. Altre novità riguardano l’ampliamento dei casi in cui il Ministro dell’economia e delle finanze, su proposta della Banca d’Italia, può richiedere la cancellazione dell’intermediario dall’elenco, oltre alle casistiche previste all’art. 111 t.u.b. Inoltre, vengono definiti, all’art. 1, comma 1, d.m. 29/2009, i casi nei quali il Ministro può stabilire diversi requisiti patrimoniali in deroga a quanto previsto dall’art. 106 t.u.b. per coloro che svolgono determinati tipi di attività: è il caso degli intermediari che esercitano l’attività di rilascio di garanzie i quali possono adottare la sola forma della società per azioni, con capitale versato non inferiore a 1,5 milioni. Oltre a questo essi devono essere dotati di mezzi patrimoniali per almeno 2,5 milioni di euro, secondo quanto previsto all’art. 11, comma 1, d.m. 29/2009. Inoltre, coloro che intendono svolgere la suddetta attività di rilascio di garanzie in via prevalente o esclusiva nei confronti del pubblico non possono essere iscritti nel solo elenco generale, ma devono richiedere anche l’iscrizione nell’elenco speciale, secondo le previsioni dell’art. 16, comma 1, d.m. 29/2009. Di conseguenza, qualora essi non fossero in possesso dei requisiti per l’iscrizione nell’elenco speciale, non potrebbero svolgere tale attività. L’iscrizione nell’elenco speciale dovrebbe, però, essere richiesta anche se l’oggetto sociale prevedesse l’esercizio di tale attività nei confronti del pubblico ma non in via esclusiva.⁷⁶

⁷⁵ Il collegio sindacale doveva, infatti, riferire all’allora Ministro del Tesoro delle violazioni normative in merito a questioni di antiriciclaggio, e all’UIC o alla Banca d’Italia per violazioni attinenti la disciplina propria degli intermediari finanziari contenuta nella stessa legge 197/1991.

⁷⁶ COLAVOLPE A., *Il c.d. decreto unificato sugli intermediari finanziari non bancari*, in *Le Società*, 2009, pag. 1161.

2.2.2.2 *L'elenco speciale*

Per quanto riguarda, invece, l'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b., si può notare come il disposto di tale articolo sia pressoché identico a quanto era stato previsto dalla legge antiriciclaggio in merito al terzo livello di controlli per gli intermediari finanziari. In tal caso, va ricordato che la legge 197/1991 aveva previsto che fosse l'attuale Ministro dell'economia e delle finanze con proprio regolamento ad individuare gli intermediari che dovevano rientrare in tale categoria. Il Ministro su questo intervenne, sebbene con un lieve ritardo e in una strana coincidenza: il 27 agosto 1993, infatti, venne emanato il decreto che dettava i criteri per l'individuazione dei soggetti da sottoporre al terzo sistema di controlli. Lo stesso giorno, però, era stato approvato il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui art. 161 prevedeva, tra le altre cose, l'abrogazione dell'art. 7 della legge antiriciclaggio istitutivo dell'elenco speciale, per la cui iscrizione erano appena stati dettati i criteri. Naturalmente, il decreto ministeriale venne considerato valido con riferimento al nuovo art. 107 t.u.b., che coincideva sostanzialmente con l'art. 7 della legge antiriciclaggio, appena abrogato. Si ricorda, a tal proposito, che l'individuazione dei soggetti tenuti all'iscrizione nell'elenco speciale si basava su tre criteri ovvero l'attività svolta dall'intermediario finanziario, la sua dimensione⁷⁷ e il rapporto tra indebitamento e patrimonio. Successivamente, con decreto ministeriale del 13 maggio 1996 e con provvedimento della Banca d'Italia del 26 giugno 1996, erano stati modificati tali criteri innalzando le soglie⁷⁸ e prevedendo delle categorie residuali.⁷⁹

⁷⁷ Per quanto attiene alla dimensione dell'intermediario, il Ministro fissava in 50 miliardi di lire, il tetto superato il quale era d'obbligo l'iscrizione all'elenco speciale. Tale obbligo valeva soltanto, però, qualora il rapporto fra indebitamento e patrimonio fosse inferiore a 5, per l'attività di concessione di finanziamenti, o a 1, per l'attività di assunzione di partecipazioni. Se, però, il volume di attività nella concessione di finanziamenti era superiore a 500 miliardi, la dimensione diventava l'unico parametro sul quale fondare l'obbligo di iscrizione. Per determinare il volume di attività finanziaria si doveva far riferimento ai bilanci approvati relativi agli ultimi due esercizi chiusi, con riferimento in particolare ad alcune poste dell'attivo patrimoniale specificatamente indicate all'art. 4 del decreto ministeriale al netto delle rettifiche di valore. La stessa cosa va detta per la determinazione del rapporto fra indebitamento e patrimonio, sempre indicato all'art. 4 del suddetto decreto ministeriale.

⁷⁸ Secondo tale decreto sono tenuti all'iscrizione nell'elenco speciale coloro che, esercitando attività di finanziamento sotto qualsiasi forma, abbiano un volume di attività finanziaria pari o superiore a 200 miliardi di lire (attualmente pari a euro 103.291.379,82), ovvero mezzi patrimoniali

Secondo questo decreto l'iscrizione poteva essere effettuata anche d'ufficio dalla Banca d'Italia, in caso di inerzia da parte degli intermediari stessi. In merito, poi, alla facoltà, prevista al comma 2 dell'art. 107 t.u.b., della Banca d'Italia di dettare disposizioni volte ad assicurare il regolare esercizio, con riferimento a determinati tipi di attività, si prevede che l'autorità di vigilanza si attenga alle deliberazioni del CICR e si limiti a regolamentare soltanto in materia di adeguatezza patrimoniale e di contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni. Con riferimento all'ultima parte dell'art. 107, comma 2, t.u.b., molti autori⁸⁰ si sono interrogati sull'espressione «regolare esercizio» che viene utilizzata. Secondo alcuni⁸¹ dovrebbe essere considerata come un rimando al concetto di sana e prudente gestione, uno dei capisaldi del Testo unico bancario. Allo stesso tempo, però, tale rimando non sembrerebbe propriamente corretto, in quanto, il semplice fatto di aver inserito la disciplina degli intermediari finanziari al Titolo V del Testo unico bancario non estende necessariamente e automaticamente i principi riferiti alle banche e al credito anche a tale categoria di soggetti. Rispetto alla formulazione originaria l'art. 107 t.u.b. ha subito numerose modifiche, prima fra tutte quella introdotta con il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, con il quale si prevede l'assoggettamento degli intermediari finanziari a forme di controllo pressoché uguali a quelle previste per le banche, contestualmente all'estensione dell'operatività degli intermediari nell'area della raccolta del risparmio fra il pubblico.

pari o superiori a 10 miliardi di lire (attualmente pari a euro 5.164.568,99) e tra coloro che esercitino l'attività di assunzione di partecipazioni quelli che abbiano un volume di attività pari o superiore a 100 miliardi di lire (attualmente pari a euro 51.645.689,91), ovvero mezzi patrimoniali pari o superiori a 50 miliardi di lire (attualmente pari a euro 25.822.844,95). Sono, inoltre, inclusi quei soggetti che svolgono attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico sotto forma di rilascio di garanzie. Inoltre, ricorrendo ad un parametro qualitativo sono stati inclusi e quindi tenuti all'iscrizione nell'elenco speciale quegli intermediari che esercitano l'attività di intermediazione in cambi con assunzione di rischi in proprio e di emissione e gestione di carte di credito. Il venir meno dei requisiti è verificato con riferimento ad almeno tre esercizi consecutivi chiusi.

⁷⁹ Tale categoria residuale era rappresentata dagli intermediari per i quali ricorrevano le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia sulla base delle disposizioni comunitarie in tema di mutuo riconoscimento, secondo le previsioni dell'art. 18 t.u.b. PERASSI M., *Commento sub art. 107*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 856.

⁸⁰ Tra cui COTTERLI S., *op. cit.*, 1994, pag. 102.

⁸¹ E' di questo parere, COTTERLI S., *op. cit.*, 1994, pag. 102, che evidenzia, però, anche l'aspetto opposto di tale impostazione, di cui, peraltro, si da conto nel testo.

Con la legge antiriciclaggio, infatti, si perseguiva lo scopo della stabilità degli operatori, mentre con l'avvento del Testo unico bancario si aggiunge a questo anche la necessità di assicurare l'efficienza degli stessi intermediari. L'art. 5 t.u.b., infatti, prevede che la vigilanza venga esercitata non soltanto nei confronti delle banche ma anche «dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari». Così facendo il legislatore fa sì che vi sia un'uniformità dei controlli sia per gli intermediari che operano autonomamente sia per coloro che sono inseriti nell'insieme di un gruppo bancario. Con il d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ovvero il Testo Unico della Finanza, all'art. 18, comma 3, si prevede poi la possibilità per gli intermediari di allargare il campo di attività potendo esercitare anche la negoziazione per conto proprio di strumenti derivati e il collocamento di strumenti finanziari. Tale previsione è giustificata dal fatto che la negoziazione di strumenti derivati è strettamente connessa con l'attività di finanziamento, poiché è utilizzata per contrastare il rischio di tasso: pertanto mantenere tali attività nella riserva per le Sim avrebbe causato notevoli problemi agli intermediari, i quali avrebbero dovuto ridurre necessariamente il loro volume di attività per evitare conseguenze dannose legate appunto alla mancata copertura del rischio di tasso. Con tali innovazioni si prevede anche l'assoggettamento alla disciplina delle crisi bancarie per alcuni degli intermediari⁸² di cui all'art. 107 t.u.b. Al fine, poi, di incrementare la concorrenza nel settore dei finanziamenti agevolati e della gestione di fondi pubblici, il legislatore ha previsto con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 la possibilità per gli intermediari iscritti all'elenco speciale che svolgono l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma la possibilità di svolgere le suddette attività disciplinate dall'art. 47 t.u.b. Per quanto attiene alle modalità di iscrizione, i soggetti che risultano iscritti nell'elenco speciale mantengono l'iscrizione anche nell'elenco generale, con l'esclusione delle previsioni di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 106 t.u.b. Essi devono comunque esercitare la loro attività nei confronti del pubblico, ovvero ai sensi del decreto ministeriale 6 luglio 1994 nei confronti di terzi con carattere di professionalità, con l'esclusione delle attività destinate a società collegate, controllate

⁸² In particolare si tratta degli intermediari abilitati a svolgere servizi di investimento e quelli che abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio.

o controllanti e comunque esercitate verso società del gruppo.⁸³ Con il decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29, sono state apportate alcune modifiche alla disciplina degli intermediari iscritti all'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. Tra le più importante novità introdotte con tale decreto ministeriale vi è l'eliminazione del requisito patrimoniale quale criterio per l'iscrizione degli intermediari che svolgono attività di finanziamento o assunzione di partecipazioni. Si era, infatti, rilevato che molti di essi detenevano ingenti mezzi patrimoniali ma a ciò non corrispondeva un effettivo volume di attività che giustificava l'assoggettamento ad una più stringente disciplina. Le condizioni quantitative per l'iscrizione nell'elenco speciale, dettate all'art. 15, comma 2, lettere a), b) e c) del decreto devono essere accertate «con riferimento all'ultimo bilancio approvato e devono essere mantenute per i sei mesi successivi alla chiusura dell'esercizio cui il bilancio si riferisce».⁸⁴

2.2.2.3 L'esercizio non nei confronti del pubblico

L'esercizio in via prevalente o esclusiva non nei confronti del pubblico delle attività di cui all'art. 106 t.u.b. è riservato secondo quanto disposto dall'art. 113 t.u.b. a soggetti che risultano iscritti in una sezione speciale dell'elenco generale. Si viene, dunque, a delineare una disciplina diversificata in ragione di un minor rischio sistemico e quindi di una minor necessità di controlli stringenti a differenza di quanto previsto, invece, per le altre due categorie di intermediari. Anche in questo caso, sono richiesti dei requisiti ai soggetti che richiedono l'iscrizione, ovvero quelli di onorabilità per i partecipanti al capitale sociale e di onorabilità e indipendenza⁸⁵ per gli

⁸³ Tali esclusioni sono giustificate dal fatto che l'attività infragruppo può essere assimilata a quella svolta non nei confronti del pubblico. Sono, inoltre, previste delle esenzioni per le società cooperative che svolgono esclusivamente la loro attività nei confronti dei soci qualora il numero degli stessi non sia superiore a cinquanta. Tali esenzioni sono previste anche per il credito al consumo limitato all'ambito dei soci. PERASSI M., *op. cit.*, pag. 856.

⁸⁴ COLAVOLPE A., *op. cit.*, pag. 1165, secondo quanto disposto dall'art. 17, comma 1, d.m. 29/2009.

⁸⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 113, comma 2, t.u.b., infatti, a tale categoria di intermediari si applica l'art. 109 t.u.b. con esclusivo riferimento ai requisiti di onorabilità e indipendenza, non anche quello di professionalità. Il possesso di tutti i requisiti, infatti, dovrebbe

esponenti aziendali. Per le ragioni sopra specificate non trovano applicazione le norme di vigilanza prudenziale, mentre vengono applicate quelle relative alla trasparenza delle condizioni contrattuali. Come avviene nella maggior parte dei casi nel Testo unico bancario, anche l'art. 113 rimanda alle disposizioni attuative che devono essere emanate dal Ministro dell'economia e delle finanze in tema di accesso all'apposita sezione dell'elenco generale e in merito alla definizione di esercizio in via prevalente delle attività riservate. Il Ministro è intervenuto con il regolamento di cui al decreto ministeriale 29/2009, con il quale è stato completamente sostituito il precedente decreto del 6 luglio 1994. A tal proposito, va evidenziato che il suddetto decreto ha introdotto importanti novità tra cui, ad esempio, il fatto che «l'attività di assunzione di partecipazioni rileva ai fini dell'iscrizione solo se svolta congiuntamente ad altra attività finanziaria nei confronti delle partecipate»,⁸⁶ volendo così escludere le *holding*⁸⁷ che detengono soltanto pacchetti azionari senza svolgere altre attività finanziarie e assoggettare a specifica disciplina soltanto gli intermediari che hanno effettiva rilevanza sul circuito dei finanziamenti. Brevemente, si può dire che l'art. 113 t.u.b. trova applicazione nei confronti di quegli intermediari che non svolgono la loro attività verso terzi con carattere di professionalità. Pertanto, con l'applicazione di questa disciplina è legittimo lo svolgimento dell'oggetto sociale finanziario, ma non è possibile assicurare la correttezza gestionale in quanto non sono previste forme di vigilanza prudenziale. Non è richiesto, infatti, alcun vincolo di forma giuridica, capitale minimo e nemmeno di professionalità per gli esponenti aziendali.

garantire un comportamento corretto da parte dell'intermediario nell'esercizio delle attività, al fine di garantire la stabilità degli intermediari stessi e del mercato di riferimento. Per coloro che non operano nei confronti del pubblico, pertanto, l'esclusione del requisito della professionalità è giustificata se ci si riferisce alla logica appena esposta, in quanto la stabilità ha rilevanza ai fini delle possibili conseguenze sui rapporti intrattenuti con i diversi soggetti.

⁸⁶ Secondo quanto previsto all'art. 9, comma 6, d.m. 29/2009.

⁸⁷ A tal proposito, è necessario ricordare il dibattito circa tale esclusione in quanto per poter usufruire di tale deroga la *holding* non deve svolgere nessun tipo di attività finanziaria verso le partecipate, nemmeno l'erogazione di finanziamenti nella forma del rilascio di garanzie personali nei confronti di un terzo o nell'interesse di una partecipata, o la prestazione di servizi di gestione della tesoreria per conto delle partecipate. COLAVOLPE A., *op. cit.*, pag. 1164.

2.2.2.4 Le esenzioni dalla disciplina del Testo unico bancario

Come era già avvenuto con la legge antiriciclaggio, l'art. 114 t.u.b. prevede l'esclusione di alcune categorie di soggetti dall'applicazione di detta disciplina. Coloro i quali, infatti, siano già sottoposti ad altre forme di vigilanza sull'attività svolta sostanzialmente equivalenti a quella prevista dalla disciplina in esame, non richiedono un ulteriore assoggettamento a vigilanza. La verifica delle condizioni per l'esenzione è effettuata dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia e l'UIC, secondo quanto previsto dall'art. 114, comma 2, t.u.b.

2.2.3 L'evoluzione del ruolo dell'UIC e i suoi poteri

Nel corso degli anni, la disciplina di cui all'art. 106 t.u.b. non ha subito sostanziali modifiche a conferma delle scelte correttamente effettuate dal legislatore al momento della redazione del Testo unico bancario del 1993. L'innovazione maggiore riguarda, però, i poteri di controllo in capo all'UIC. In particolare, il d.lgs. 319/98 recante «Riordino dell'Ufficio italiano dei cambi a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433», il cui scopo è quello, appunto, di riordinare l'Ufficio Italiano dei Cambi, definisce quest'organo, all'art. 2, come un ente strumentale della Banca d'Italia, attribuendogli, in convenzione con la stessa Banca d'Italia, oltre ai poteri in merito alle problematiche circa le valute estere, anche quelli che erano in capo al Ministro dell'economia e delle finanze, in tema di antiriciclaggio, usura e intermediari finanziari. Pertanto, con la riformulazione dei poteri attribuiti all'UIC, cambia anche la disposizione di cui all'art. 106, in tema di tenuta dell'elenco generale ivi previsto, che viene, quindi affidata completamente all'UIC, e non, com'era in precedenza, al Ministro dell'economia e delle finanze, il quale si avvaleva poi dell'UIC. Con tale innovazione, però, viene a cambiare anche il ruolo del Ministro dell'economia e delle finanze, il quale, sempre secondo quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs. 319/98, sarà tenuto a svolgere funzioni di alta vigilanza, ovvero di supervisione

generale.⁸⁸ E' poi prevista, all'art. 2, comma 2, d.lgs. 319/98, la redazione di una relazione annuale da parte dell'UIC al Ministro su quanto fatto nello svolgimento delle funzioni assegnategli, a conferma della permanenza di uno stretto rapporto tra i due organi, nonostante la distinzione dei ruoli che prevede l'amministrazione attiva dell'UIC e l'indirizzo e la supervisione del Ministro dell'economia e delle finanze.⁸⁹ A seguito delle innovazioni in oggetto si prevede il potere dell'UIC di chiedere agli intermediari iscritti nell'elenco generale non soltanto la produzione di dati e notizie ma anche di documenti e atti. Il quadro dei poteri di tale organo è, inoltre, ampliato con la possibilità per lo stesso di effettuare verifiche e ispezioni presso la sede degli intermediari di cui all'art. 106 t.u.b., sia autonomamente sia richiedendo la collaborazione di altre autorità di vigilanza, al fine di verificare la sussistenza dei requisiti richiesti per l'iscrizione all'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b. La soppressione dell'UIC è avvenuta qualche anno fa per mezzo del d.lgs. 231/2007 e di conseguenza si è avuto il trasferimento di tutte le competenze antiriciclaggio al nuovo organo deputato, ovvero l'Unità di Informazione Finanziaria, brevemente UIF, istituita presso la Banca d'Italia, mentre per quanto attiene le rimanenti competenze e poteri, anche relativamente agli intermediari finanziari, questi sono stati trasferiti alla Banca d'Italia. Pertanto gli unici organi cui si fa riferimento nella disciplina degli intermediari finanziari da questo momento sono soltanto la Banca d'Italia e il Ministro dell'economia e delle finanze.

2.3 La nuova disciplina degli intermediari finanziari

Il rinnovamento della disciplina degli intermediari finanziari di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b. si ha grazie al disposto dell'art. 33 della legge comunitaria del 2008, la n.

⁸⁸ CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 850.

⁸⁹ Le coordinazioni necessarie a seguito delle novità introdotte con il d.lgs. 319/98 in tema di poteri dell'UIC sono state effettuate mediante l'art. 20 del d.lgs. 342/99 che ha modificato i commi 1, 5 e 6 dell'art. 106 t.u.b. E' previsto, inoltre, all'art. 128 t.u.b. in capo all'UIC il compito di verificare il rispetto delle condizioni di trasparenza contrattuale da parte degli intermediari finanziari.

88/2009, con la quale si delega al Consiglio dei Ministri la revisione, tra le altre cose, della disciplina del Titolo V del Testo unico bancario. A seguito, infatti, di un'indagine conoscitiva disposta sul mercato del credito al consumo,⁹⁰ era emerso che i soggetti maggiormente rilevanti a livello di operatività in tale settore erano proprio gli intermediari di cui al Titolo V del Testo unico bancario. La disciplina di questi soggetti ha subito nel corso degli anni numerose modifiche in corrispondenza della maggior rilevanza che gli intermediari finanziari andavano ad assumere, fino ad arrivare alla disciplina previgente, la quale, per talune categorie, prevedeva un controllo assimilabile a quello previsto per le banche. Oltre a ciò, il limitato potere di vigilanza sui soggetti iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b., la scarsa trasparenza riscontrata e la necessità di assoggettamento a stringenti regole di vigilanza prudenziale ha portato alla previsione che tutti gli intermediari, a prescindere dalla loro dimensione, operatività o rilevanza sistemica fossero soggetti all'autorizzazione preventiva da parte della Banca d'Italia e fossero sottoposti a forme di vigilanza equivalenti.⁹¹ Un primo passo era stato fatto con il decreto ministeriale n. 29 del 17 febbraio 2009, con il quale si era tentato di unificare la disciplina compattando quella secondaria e introducendo forme di vigilanza prudenziale, ispettiva e informativa sui soggetti iscritti all'elenco di cui all'art. 106 t.u.b., modificando anche i criteri di iscrizione negli elenchi previsti agli artt. 106, 107 e 113 t.u.b. Anche la Banca d'Italia aveva tentato di integrare gli intermediari finanziari e le banche, al fine di evitare una diversità di trattamento ingiustificata qualora le due categorie avessero svolto la stessa tipologia di attività. Ed è già con il d.lgs. 231 del 2007 che vengono introdotti i primi obblighi di segnalazioni periodiche per gli intermediari di cui all'art. 106 t.u.b.

⁹⁰ La relazione redatta a seguito di tale indagine precisa che: «Si ritiene necessario che tutti i soggetti che effettuano operazioni di credito, debbano essere autorizzati dalla Banca d'Italia e siano sottoposti a forme di vigilanza equivalenti. Due sono le ragioni principali: innanzitutto i principi di Basilea richiedono valutazioni del rischio che non si conciliano con lo stato di soggetti non vigilati; inoltre, l'attività degli intermediari ex art. 106 ha evidenziato diversi profili critici: scarsa trasparenza nei confronti del consumatore, assenza di adeguati presidi di concorrenza, esposizione a forme di criminalità, incluso il crimine organizzato. Ne sono risultati tassi molto elevati (ai massimi dei tassi antiusura permessi), prodotti offerti a soggetti già fortemente indebitati, senza tenere conto delle loro difficoltà a ripagare il prestito, numerose e ripetute violazioni di legge.»

⁹¹ BERNERI F., GOFFREDO M. A., *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Le Società*, pag. 1494.

Successivamente, con il provvedimento del 14 maggio 2009, la Banca d'Italia ha provveduto a rafforzare i controlli su questi operatori, valorizzando la responsabilità degli esponenti aziendali e dei partecipanti al capitale. Ci si rende conto, però, con il passare degli anni e con la conseguente evoluzione del settore finanziario, dell'inadeguatezza della regolamentazione in uso.⁹² E' con il d.lgs. del 13 agosto 2010, n. 141, che si è attuata, tra le altre cose, una profonda rivisitazione della disciplina degli intermediari finanziari di cui al Titolo V del Testo unico bancario. Innanzitutto, va evidenziata la prima novità apportata dal decreto in oggetto alla disciplina degli intermediari finanziari, ovvero la ridefinizione della riserva di attività limitata alla sola concessione di finanziamenti. La seconda importante novità che si evince dal disposto dell'art. 106, comma 1, t.u.b., è l'eliminazione del doppio elenco, generale e speciale, e la creazione di un unico albo tenuto dalla Banca d'Italia per tutti gli intermediari ad esclusione delle società fiduciarie per le quali è prevista l'iscrizione in una sezione separata del medesimo albo al ricorrere di determinate condizioni. Inoltre, agli articoli successivi si può notare il rafforzamento del controllo sugli intermediari finanziari iscritti all'albo unico con la previsione di regole e controlli più stringenti per l'accesso al mercato e in merito all'assetto proprietario. E' previsto, inoltre, un regime di vigilanza consolidata per i gruppi finanziari. In seguito alla modifica della disciplina di cui al Titolo V è stato necessario emanare anche le Disposizioni di vigilanza⁹³ che regolano in maniera più approfondita la materia. La Banca d'Italia nella redazione delle stesse ha osservato il principio di proporzionalità, considerando, quindi, la complessità operativa, organizzativa e dimensionale degli intermediari.⁹⁴ Si doveva, infatti, conciliare la necessità di disporre di un impianto normativo flessibile, per non

⁹² CAPRIGLIONE F., *Commento sub art. 106*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1390.

⁹³ L'iter seguito prevedeva, innanzitutto, la predisposizione di un documento di consultazione, nel quale erano contenute le bozze delle Disposizioni di vigilanza, che doveva essere riconsegnato completo entro il 12 marzo 2012. Al termine di questo periodo di consultazione, le risposte e i commenti sono stati raccolti, valutati ed elaborati dalla Banca d'Italia. Ad oggi, però, la normativa secondaria definitiva non è ancora stata emanata, dovendoci basare sulle sole bozze attualmente disponibili.

⁹⁴ LIMONE E., *Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e la nuova disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in SEPE M. (a cura di), *Rivista Elettronica di Diritto, Economia e Management*, 2011, I, pag. 158.

porre ingiustificate barriere all'ingresso o allo sviluppo di nuovi modelli organizzativi con quella di assicurare che i soggetti operanti fossero affidabili. Si è, quindi, tentato di ottenere un testo normativo organico e razionale, anche attraverso il coordinamento delle norme sugli intermediari finanziari con quelle previste per le banche, ove opportuno. Come si legge anche nella relazione sull'analisi d'impatto della regolamentazione, nella stesura dello schema delle disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari il legislatore si è prefissato come obiettivo quello di rafforzare il sistema finanziario e la sua struttura, rendendo più efficace il sistema dei controlli, e di innalzare il livello di professionalità dei soggetti operanti nel settore, attraverso il miglioramento delle relazioni tra intermediari e clienti. La nuova disciplina per gli intermediari finanziari, introdotta con il d.lgs. 141/2010, ha comportato una completa rivisitazione delle norme previste per questi soggetti sulla base dell'evoluzione che, come ricordato in precedenza, aveva caratterizzato i mercati finanziari negli ultimi anni. In particolare, si è tentato di rendere tale disciplina pressoché identica a quella prevista in ambito bancario, nei limiti della compatibilità. Tale aspetto è riscontrabile all'art. 110 t.u.b. il quale elenca una serie di articoli, alle cui disposizioni sono assoggettate le banche, appunto, che trovano applicazione anche per gli intermediari finanziari. In particolare, tale articolo rinvia alle disposizioni in ambito bancario sul tema delle partecipazioni, con la finalità di identificare i possibili legami strategico-patrimoniali che possono intercorrere tra intermediari e banche. Ed è per tale motivo che all'art. 110 t.u.b. si ritrova il rinvio all'art. 19 t.u.b., ponendo in capo alla Banca d'Italia il potere di autorizzare eventuali acquisti di pacchetti azionari da parte degli intermediari. Direttamente collegato a questa previsione è anche il rinvio all'art. 24 t.u.b., secondo il quale la mancanza di autorizzazione di cui all'art. 19 t.u.b. comporta la possibilità di impugnazione della delibera presa con voto determinante dei titolari delle partecipazioni di cui manca l'autorizzazione. Come anche per le banche, tale disposizione ha come obiettivo quello di mantenere più a lungo la stabilità dell'intermediario, garantendo la sana e prudente gestione, che è anche il punto di riferimento per l'autorità di vigilanza nel procedimento di autorizzazione. Sulla base delle considerazioni circa l'evoluzione degli intermediari finanziari verso strutture

sempre più complesse, si ha il rinvio all'art. 23 t.u.b., il quale detta la nozione di controllo in ambito bancario. Tale rinvio è giustificato dalla crescente operatività su scala internazionale degli intermediari finanziari, i quali adottano sempre più spesso la forma del gruppo, che permette una presenza coordinata su diversi mercati, massimizzando la performance attraverso lo sfruttamento delle sinergie e minimizzando il rischio di impresa complessivo. Si giustifica in quest'ottica, quindi, il rinvio agli artt. da 61 a 64 t.u.b., per garantire la sana e prudente gestione dell'intera organizzazione. Sempre nell'ottica di una sana e prudente gestione dell'intermediario finanziario si inserisce il rinvio alle disposizioni che impongono alcuni requisiti, quali quelli di onorabilità, professionalità e indipendenza, in capo ai titolari di particolari cariche amministrative e di controllo, in modo da far fronte alla complessità organizzativa del mercato finanziario.⁹⁵ Questo trova spiegazione se ci si riferisce alla direttiva 2006/48/CE, con la quale è stato introdotto il requisito di indipendenza al fine di garantire l'efficienza dell'intermediario stesso, anche con riguardo ai modelli societari dualistico e monistico. Il tentativo di assimilare gli intermediari alle banche prosegue con la previsione di applicabilità delle disposizioni in tema di crisi, con un rimando alle norme sui provvedimenti straordinari previsti in ambito bancario. Tale rinvio è in linea con l'obiettivo perseguito dal legislatore con la modifica del Titolo V, ovvero l'implementazione dell'efficacia degli intermediari finanziari anche attraverso la predisposizione di misure prudenziali volte a correggere eventuali irregolarità gestionali,⁹⁶ perseguendo la minimizzazione delle distorsioni che possono derivare dall'inosservanza del principio della sana e prudente gestione. A tal fine vengono prese in considerazione anche altre realtà, quali quella degli intermediari comunitari che operano nel territorio italiano attraverso la libera prestazione di servizi o con l'aiuto di succursali in loco, prevedendo particolari poteri in capo alla Banca d'Italia, relativamente all'adozione di provvedimenti straordinari, da esercitarsi solamente nel

⁹⁵ TROISI A., *Commento sub art. 110*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1449.

⁹⁶ TROISI A., *op. cit.*, pag. 1450.

caso in cui l'autorità di vigilanza del paese di origine non provveda adeguatamente con apposite misure sanzionatorie.⁹⁷

⁹⁷ TROISI A., *op. cit.*, pag. 1451.

CAPITOLO 3

IL PROCEDIMENTO DI AUTORIZZAZIONE

SOMMARIO: 3.1 I requisiti richiesti – 3.1.1 La forma societaria e la sede legale – 3.1.2 Il capitale minimo societario – 3.1.3 Il programma di attività – 3.1.4 Gli stretti legami

3.1 I requisiti richiesti

La riforma del Titolo V del Testo unico bancario si è sviluppata, come accennato in precedenza, avendo come scopo principale quello di controllare in modo più efficace il settore finanziario e di elevare la professionalità dei soggetti che operavano in questo stesso settore. Tutto ciò è stato possibile attraverso l'innalzamento dei requisiti per l'iscrizione all'albo, strutturando, quindi, razionalmente l'accesso al mercato finanziario. Sulla base, infatti, della recente crisi finanziaria si è reso necessario un controllo più ferreo dei soggetti e, in generale, di tutto il processo di erogazione del credito, evitando, però, che si venisse a creare un possibile blocco all'entrata con evidenti ripercussioni sull'economia reale. La prima importante novità apportata dal d.lgs. 141/2010 è sicuramente la previsione dell'iscrizione in unico albo, necessità portata dal fatto che gli intermediari iscritti nell'elenco speciale fino ad allora in vigore erano estremamente esigui e, pertanto, vi era un numero molto limitato di soggetti sottoposti ad una vera e propria forma di vigilanza. La crescente operatività di tali soggetti sul mercato finanziario aveva, infatti, accresciuto la loro rischiosità, rendendosi, quindi, necessario un maggior controllo sugli intermediari finanziari stessi. Tale situazione ha, quindi, spinto il legislatore ad eliminare i due elenchi e a prevederne uno soltanto, la cui iscrizione comporta una stringente vigilanza da parte della Banca d'Italia. Come si avrà modo di vedere nel proseguo della trattazione, la tendenza è quella di qualificare gli intermediari finanziari del Titolo V come *near banks* grazie agli ampi rinvii alla disciplina prevista per le banche. Attraverso l'obiettivo dell'innalzamento della professionalità, quindi, se ne raggiunge anche un

altro ovvero quello della maggiore attenzione alle esigenze della clientela e della maggiore affidabilità nella prestazione dei servizi verso la clientela stessa. Al contempo, il rinnovamento della disciplina degli intermediari finanziari ha tentato di dare nuovo impulso al settore dell'erogazione del credito che stava, appunto, risentendo della crisi. Come già evidenziato, il d.lgs. 141/2010 ha apportato numerose modifiche al Titolo V del Testo unico bancario, in particolare anche al procedimento autorizzativo che ora viene espressamente disciplinato all'art. 107. Per facilitare la comprensione di quanto segue, si inserisce il dettato del primo comma della nuova norma:

«La Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività al ricorrere delle seguenti condizioni:

- a) sia adottata la forma di società per azioni, in accomandita per azioni, responsabilità limitata e cooperativa;*
- b) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica;*
- c) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia anche in relazione al tipo di operatività;*
- d) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto;*
- e) i titolari di partecipazioni di cui all'art. 19 e gli esponenti aziendali possiedano, rispettivamente, i requisiti previsti ai sensi degli articoli 25 e 26;*
- f) non sussistano, tra gli intermediari finanziari o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza;*

g) l'oggetto sociale sia limitato alle sole attività di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 106.»⁹⁸

La prima cosa che si può notare è la quasi perfetta somiglianza con i requisiti richiesti per i soggetti che intendono chiedere l'autorizzazione per lo svolgimento dell'attività bancaria, previsti all'art. 14 t.u.b. Alcune differenze possono essere rinvenute a livello di forma societaria, ma in linea di massima i requisiti sono gli stessi a conferma della volontà del legislatore di assimilare la disciplina degli intermediari finanziari di cui al Titolo V a quella delle banche, al fine di eliminare le possibili distorsioni che potevano sorgere a livello concorrenziale. Il punto di riferimento per tutta la trattazione, però, saranno le bozze delle «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari», che la Banca d'Italia ha sottoposto a consultazione lo scorso gennaio. Si legge, appunto, nelle Disposizioni di vigilanza, che una volta valutati tutti i requisiti richiesti, la Banca d'Italia concede l'autorizzazione sia alle società di nuova costituzione sia a quelle già esistenti entro 180 giorni⁹⁹ dalla data di ricevimento della domanda, unitamente alla documentazione completa richiesta.¹⁰⁰ Dopo ciò, per quanto riguarda le società di nuova costituzione, esse vengono iscritte nel registro delle imprese, con il contestuale deposito dello statuto e l'invio della certificazione dell'avvenuta iscrizione da parte dell'intermediario alla Banca d'Italia. Quest'ultima provvede, poi, all'iscrizione nell'albo di cui al nuovo art. 106 t.u.b., con comunicazione al soggetto dei codici identificativi. In corso di attività, gli intermediari

⁹⁸ Art. 107, comma 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

⁹⁹ Il termine si riduce a novanta giorni nel caso di richiesta di autorizzazione per la prestazione di servizi di investimento, come specificato alla Sezione VII, paragrafo 1, del Titolo I, Capitolo I delle Disposizioni di vigilanza, dove si prevede anche la validità del meccanismo del silenzio-assenso per l'autorità di vigilanza stessa.

¹⁰⁰ La documentazione è specificata al Titolo I, Capitolo I, Sezione V, paragrafo 1, e comprende: a) l'atto costitutivo e lo statuto sociale; b) il programma di attività; c) l'elenco dei soggetti partecipanti al capitale sociale direttamente o indirettamente con l'indicazione delle rispettive quote; d) la documentazione per l'attestazione dei requisiti dei partecipanti e degli esponenti aziendali; e) la mappa del gruppo di appartenenza; f) l'attestazione del versamento del capitale sociale; g) il verbale della riunione nella quale l'organo con funzioni di supervisione strategica ha attestato il possesso dei requisiti degli esponenti; h) informazioni sulla provenienza delle somme con le quali è stato sottoscritto il capitale sociale. Per alcuni di questi requisiti, d), f) e g), la data del documento non deve avere data anteriore a sei mesi da quella di presentazione della richiesta di autorizzazione.

dovranno sempre tenersi in stretto contatto con l'autorità di vigilanza, comunicando tempestivamente, entro dieci giorni dal deposito delle modifiche nel registro delle imprese, ogni variazione delle informazioni contenute nell'albo.¹⁰¹ Successivamente a questi adempimenti, l'intermediario dovrà comunicare alla Banca d'Italia l'inizio della propria operatività entro un anno dall'iscrizione all'albo.¹⁰² Per quanto riguarda, invece, le società già esistenti, esse devono seguire la medesima procedura presentando la documentazione richiesta unitamente alla domanda di iscrizione,¹⁰³ dopo aver deliberato le necessarie modifiche dello statuto. La delibera in oggetto non potrà comunque essere iscritta nel registro delle imprese finché la Banca d'Italia non avrà concesso l'autorizzazione. Una volta ottenuta quest'ultima, quindi, l'intermediario può iscrivere le modifiche allo statuto nel registro delle imprese, apportando le eventuali modifiche richieste dall'autorità di vigilanza. Come per le società di nuova costituzione, il certificato attestante la data di iscrizione deve essere trasmesso alla Banca d'Italia, la quale provvede all'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. L'efficacia si ha dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Guardando, quindi, alla nuova disciplina in materia di autorizzazione, si può notare la crescente attenzione del legislatore all'ottenimento della massima efficienza possibile a livello organizzativo e operativo dei soggetti che operano nel settore finanziario. La riprova di tutto questo si ha anche con riferimento alla stessa funzione di vigilanza che ottiene nuovo impulso con la formulazione del nuovo art. 108 t.u.b., il cui obiettivo è l'implementazione dei controlli¹⁰⁴ sugli intermediari finanziari, che ricalcano quelli che nella disciplina previgente erano a carico dei soggetti iscritti nell'elenco speciale.

¹⁰¹ In particolare, l'albo contiene informazioni circa denominazione, sede legale e, se diversa, sede amministrativa, e, inoltre, data e numero di iscrizione all'albo.

¹⁰² Si ricorda a tal proposito che il mancato avvio dell'operatività entro un anno dall'ottenimento dell'autorizzazione costituisce causa di decadenza dall'autorizzazione stessa. In questo caso, è prevista, però, la possibilità per l'intermediario, in presenza di giustificate e sopravvenute motivazioni, di chiedere una proroga di sei mesi all'autorità di vigilanza.

¹⁰³ Come precisato dalle Disposizioni di vigilanza la domanda deve essere presentata «dopo l'approvazione della delibera di modifica dell'atto costitutivo e prima che di tale atto venga effettuata l'iscrizione nel registro delle imprese» (Titolo I, Capitolo I, Sezione VI, paragrafo 1).

¹⁰⁴ Tali controlli hanno carattere informativo e ispettivo ma sono relativi anche ad aspetti di natura tecnico-organizzativa, amministrativa e contabile. LIMONE E., *op. cit.*, pag. 158.

3.1.1 La forma societaria e la sede legale

Il requisito della forma societaria rientra tra i requisiti inerenti la struttura societaria, con questo distinguendosi dai requisiti soggettivi che riguardano soci ed esponenti aziendali. Per quanto riguarda il primo requisito richiesto, con le nuove Disposizioni di vigilanza, agli intermediari finanziari è consentita l'adozione della sola forma della società di capitali, includendo, quindi, la forma della società per azioni, della società in accomandita per azioni e della società a responsabilità limitata. Con le successive modifiche e integrazioni al d.lgs. 141/2010, è stata introdotta la possibilità per gli intermediari finanziari di costituirsi anche nella forma della cooperativa, alla stregua della normativa previgente. Di conseguenza, le Disposizioni di vigilanza andranno modificate sulla base di questa nuova previsione. Risulta, poi, evidente la differenza rispetto alla disciplina per le banche che indirizza la scelta fra due soli modelli societari ovvero la società per azioni e quella cooperativa¹⁰⁵ per azioni a responsabilità limitata. Differenze di modelli adottabili si riscontrano anche con riferimento alla disciplina prevista nel codice delle assicurazioni private che limita la scelta tra quattro modelli possibili ovvero la società per azioni, la società cooperativa, la mutua assicuratrice e la società europea. Restando sempre in tema di struttura societaria, è richiesto agli intermediari finanziari, quale secondo requisito per l'ottenimento dell'autorizzazione, che la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica. La medesima previsione si ritrova anche nel testo unico bancario e nel codice delle assicurazioni private.¹⁰⁶ La *ratio* della previsione va ritrovata in una disciplina previgente che prevedeva la possibilità di situare la sede legale e la direzione generale in territori diversi, con l'applicazione poi della disciplina del Paese dov'era situata la sede legale. Il rischio di tutto ciò è palese: vi era, infatti, la possibilità di sfruttare le diverse condizioni e, quindi, le maggiori opportunità derivanti dall'assumere decisioni presso la direzione generale in uno stato

¹⁰⁵ All'interno, poi, delle società cooperative va ricordata la distinzione tra banche popolari e banche di credito cooperativo, con la previsione anche di diversi limiti minimi di capitale sociale da versare in fase di costituzione.

¹⁰⁶ Tale previsione è stata inserita in ambito bancario e assicurativo dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 333.

con disciplina diversa da quello dove si trovava la sede legale. A partire dagli anni novanta si è, quindi, imposto che la sede legale e la direzione generale fossero situati entrambi nel territorio della Repubblica.

3.1.2 Il capitale minimo societario

Prima di poter parlare del requisito del capitale minimo, è necessario innanzitutto dare una definizione di capitale sociale versato. Si intende, infatti, il valore complessivo attribuito ai conferimenti di capitale, che generalmente nelle società di capitali ne costituiscono la totalità. Tuttavia, nonostante tale definizione sia di immediata comprensione, non è sempre detto che il valore del capitale sociale corrisponda effettivamente a tale somma. È vero, infatti, che nelle società di capitali, le azioni o le quote vengono emesse nella maggior parte dei casi con sovrapprezzo, potendosi concludere, quindi, che solo una parte del conferimento costituisce il vero e proprio capitale sociale, mentre la restante incrementa una riserva ideale, ovvero il patrimonio netto. Se si va ad analizzare la disciplina previgente del t.u.b., si può notare che il capitale minimo da versare era previsto non inferiore a cinque volte il capitale minimo imposto per la costituzione delle società per azioni. A tal proposito va ricordato che il codice civile imponeva alle società per azioni un capitale minimo di centoventimila euro, mentre tale limite scendeva a diecimila euro per le società a responsabilità limitata.¹⁰⁷ Un problema che ci si è posti è se il capitale debba essere versato interamente al momento della costituzione. Il concetto di capitale versato, infatti, entra in gioco nella disciplina delle società con riferimento al tema delle obbligazioni, poiché si utilizza come indicatore per l'emissione massima delle stesse

¹⁰⁷ Si vedano a tal proposito le disposizioni di cui agli artt. 2327 e 2463 del codice civile. Si veda in materia RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 102, il quale evidenzia la difficoltà di coordinamento tra la norma sul capitale minimo finanziario con lo statuto speciale dell'impresa e allo stesso modo tra le norme del Testo unico bancario che disciplinano gli intermediari finanziari e le norme sul capitale minimo appena ricordate. Un altro problema che si è posto riguarda la questione se la previsione di cui all'art. 106 t.u.b. costituisca una deroga alle disposizioni del codice civile, o sia soltanto una condizione per l'ottenimento dell'autorizzazione o dell'iscrizione negli elenchi allora vigenti e che, in tal caso, svolga, quindi, una funzione diversa da quella del capitale legale di cui agli articoli del codice civile sopra menzionati.

anche il capitale sociale versato risultante dall'ultimo bilancio approvato. Il problema può, quindi, essere riassunto nella questione se il capitale sociale cui far riferimento debba essere quello storico o quello attuale. Se si dovesse considerare quello storico, si dovrebbero escludere dal computo le perdite portate a nuovo. Perdite che, invece, dovrebbero essere computate nel caso si considerasse come capitale sociale quello attuale. Il problema era sorto già all'epoca della prima emanazione della legge bancaria, poiché la normativa secondaria non era d'aiuto. Secondo alcuni Autori¹⁰⁸ non avrebbe senso richiedere l'immobilizzazione di così ingenti capitali al momento della costituzione, ma allo stesso tempo va ricordato che il capitale minimo è requisito necessario per ottenere l'autorizzazione e quindi si deve richiedere ai soci l'intera sottoscrizione del capitale minimo, potendo, poi, procedere in un momento successivo ad eventuali aumenti di capitale. È vero, infatti, che l'imposizione di un minimo di capitale è tesa a garantire l'effettiva disponibilità delle somme corrispondenti almeno nella parte minima. La conclusione cui si è arrivati nel corso del tempo è che per capitale sociale debba intendersi quell'ammontare per la cui parte sono stati effettuati conferimenti al netto delle perdite che non trovino compensazione nelle riserve. Pertanto, i soci non sono tenuti a versare integralmente il capitale o a reintegrarlo qualora vi siano perdite. Tale definizione comporta soltanto che il valore minimo imposto debba essere mantenuto tale per tutta l'esistenza della società e che, dovendo essere formalmente vincolato a capitale, le riserve non hanno rilevanza nella verifica del rispetto del requisito in questione. Eventuali perdite, che devono essere portate a nuovo, comportano una riduzione dello stesso, nella misura in cui incidono sul capitale stesso. Un'altra questione, sorta nei primi anni di emanazione, era relativa al momento cui far riferimento per la verifica dell'effettiva presenza del requisito del capitale minimo.¹⁰⁹ Ci si era chiesti, infatti, se tale requisito dovesse essere posseduto al momento dell'omologazione dell'atto costitutivo ovvero al momento della delibera di modifica dell'oggetto sociale. Anche l'attuale normativa secondaria prevede che tra la

¹⁰⁸ Si veda a questo proposito TANTINI G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980, pag. 25 ss.

¹⁰⁹ BENATTI L., *Il capitale minimo nella disciplina degli intermediari finanziari*, Milano, 1998, pag. 133.

documentazione da presentare unitamente alla richiesta di autorizzazione vi sia l'atto costitutivo e lo statuto sociale della società appena costituita. È vero, infatti, che se l'autorizzazione fosse richiesta in un momento precedente alla costituzione della società stessa il problema della verifica della presenza del capitale minimo non si sarebbe posto poiché essa sarebbe stata antecedente al momento dell'omologazione dell'atto costitutivo. In ambito bancario e creditizio, i casi in cui si richiede l'autorizzazione quale elemento fondamentale per l'iscrizione nel registro delle imprese sono veramente esigui. A tal proposito, va ricordato l'art. 14, comma 3, t.u.b. il quale, in tema di autorizzazione all'attività bancaria prevede che non si possa dar corso all'iscrizione nel registro delle imprese qualora non costi l'autorizzazione in oggetto. Molti Autori hanno espresso la loro opinione sul tema: secondo alcuni sarebbe l'iscrizione ad essere subordinata all'accertamento delle condizioni richieste agli intermediari finanziari,¹¹⁰ mentre secondo altri l'iscrizione dell'intermediario finanziario equivarrebbe all'autorizzazione di cui si discute.¹¹¹ Proseguendo nell'analisi della questione inerente il capitale minimo, il problema che ci si era posti è relativo al coordinamento tra il controllo previsto dall'art. 2330, comma 3 del codice civile e quello esercitato dall'autorità di vigilanza competente¹¹² per concedere l'iscrizione. Una delle tesi in merito prevedeva una distinzione dei ruoli: un primo controllo doveva essere effettuato dall'ufficio del registro delle imprese relativamente ai soli requisiti richiesti per la stessa iscrizione, mentre gli ulteriori requisiti sarebbero stati valutati dall'autorità di vigilanza competente a seconda dell'elenco cui ci si riferiva. Ma questa tesi poneva dei problemi in quanto l'oggetto sociale per gli intermediari finanziari doveva essere esclusivo e, inoltre, essi necessitavano dell'iscrizione per poter avviare la propria attività. Per ottenere l'iscrizione, però, era

¹¹⁰ È di questa opinione CERA M., *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pag. 224.

¹¹¹ L'opinione riportata va riferita a DI MAIO F., *Le attività riservate ai soggetti che operano nel settore finanziario*, in *Le società*, 1994, pag. 1346.

¹¹² Poiché la discussione del problema risale ai primi anni in cui era stato emanato il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, l'autorità in questione è duplice. Si tratta, infatti, di un controllo effettuato dall'allora Ministro del tesoro tramite l'UIC, per gli intermediari da iscrivere nell'elenco generale, e la Banca d'Italia, per quelli tenuti all'iscrizione anche nell'elenco speciale.

necessario possedere tutti i requisiti richiesti, tra cui anche quello del capitale minimo. Le ipotesi, in tal caso, erano due: la costituzione di una società che non poteva di fatto operare e nemmeno perseguire il proprio oggetto sociale o la previsione teorica di una società con oggetto sociale non esclusivo che, oltre al fatto di non essere ipotizzabile in quanto si richiede oggetto sociale esclusivo, non avrebbe potuto operare poiché non si sarebbe potuto dar corso all'iscrizione per il medesimo motivo appena esposto. A questo punto, la tesi opposta era abbastanza immediata ovvero che il giudice competente all'omologazione dovesse verificare tutti i requisiti richiesti anche per l'iscrizione negli elenchi. Ma anche in tal caso sarebbero sorti dei problemi in quanto l'iscrizione è richiesta per il solo avvio dell'attività, non anche per la nascita della società stessa. La conclusione cui si era giunti in quella sede prevedeva una prima verifica in sede di omologazione circa i requisiti per la costituzione della società. Con particolare attenzione al capitale sociale minimo, non si poteva dar corso all'omologazione di una società che intendesse svolgere l'attività di intermediazione finanziaria con capitale sociale inferiore a quello che era stabilito dall'art. 106 t.u.b. Alla medesima conclusione era giunta peraltro anche la giurisprudenza onoraria¹¹³ la quale aveva confermato che il versamento integrale del capitale sociale minimo previsto per gli intermediari finanziari dovesse essere verificato solamente ai fini dell'iscrizione negli elenchi. Le medesime conclusioni potevano essere applicate anche al caso di società che provvedesse al mutamento dell'oggetto sociale convertendo la propria attività originaria in quella di intermediazione finanziaria nei confronti del pubblico. Va evidenziata, per completezza, anche la tesi opposta di parte della giurisprudenza dell'epoca che riteneva che, in caso di modifica dell'oggetto sociale, l'iscrizione negli elenchi e la verifica dei requisiti dovesse precedere il giudizio di omologazione.¹¹⁴ Va, inoltre, evidenziata nella disciplina previgente la possibilità per

¹¹³ Si veda a questo proposito Tribunale di Milano, Massime onorarie settembre 1994, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, pag. 118 ss.

¹¹⁴ Si veda a tal proposito Tribunale di Benevento 21 novembre 1995, in *Le società*, 1996, pag. 812 ss. La conclusione cui giunge la giurisprudenza, però, non tiene conto di alcuni aspetti basilari quali il fatto che in caso di modifica dell'oggetto sociale è necessaria una delibera dell'assemblea straordinaria, i cui eventuali soci dissenzienti potevano esercitare il diritto di

il Ministro dell'economia e delle finanze di prevedere soglie differenti del capitale minimo richiesto, sia in aumento che in diminuzione. Ed è proprio con un decreto ministeriale, il n. 29 del 17 febbraio 2009, che il Ministro prevedeva, al comma 1 dell'art. 11, ad esempio, per gli intermediari che svolgono l'attività di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico l'obbligo di soddisfare requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 106 t.u.b.: essi, per quanto attiene il capitale minimo, dovevano disporre di almeno 1,5 milioni di euro, con l'obbligo di investire tale capitale in attività liquide o in titoli di pronta liquidabilità.¹¹⁵ Per quanto riguarda il capitale minimo iniziale per l'accesso al mercato, nella nuova disciplina esso è richiesto in quanto, secondo anche quanto detto dalla Banca d'Italia, tende ad assicurare che il nuovo intermediario disponga sin dall'inizio delle risorse patrimoniali necessarie per sostenere i costi dell'avvio della propria attività. Secondo quanto previsto nelle bozze delle Disposizioni di vigilanza al Titolo I, Capitolo 1, Sezione II, il capitale minimo versato inizialmente deve essere pari a due milioni di euro per gli intermediari che esercitano l'attività di concessione di finanziamenti senza rilasciare garanzie. La soglia è portata a tre milioni di euro, invece, per coloro i quali esercitano, esclusivamente o congiuntamente con altre attività di finanziamento, l'attività di concessione di finanziamenti nella forma del rilascio di garanzie. Proseguendo nella lettura delle disposizioni di vigilanza, si può notare che il legislatore ha voluto regolamentare anche il caso di eventuali conferimenti in natura: questi non possono superare i tre decimi dell'ammontare complessivo del capitale. Qualora, invece, tali particolari conferimenti siano effettuati da società appartenenti ad un gruppo finanziario, gruppo bancario o gruppo di SIM, la norma suddetta non si applica ai soggetti che ne fanno parte e che hanno effettuato il conferimento. Il legislatore ha dovuto, poi, tenere conto di tutte quelle società che risultano già iscritte agli elenchi previsti dalla normativa previgente, ovvero quelli degli artt. 106 e 107 t.u.b. Nelle Disposizioni di vigilanza, al Titolo I,

recesso provocando la riduzione del capitale sociale, con il rischio di far venir meno il rispetto del minimo richiesto.

¹¹⁵ Per titoli di pronta liquidabilità si intendono titoli di debito negoziati su mercati regolamentati italiani autorizzati o esteri riconosciuti dalla Consob secondo le previsioni dell'art. 63 e seguenti del t.u.f.

Capitolo 1, Sezione VI, si trova, quindi, una sezione dedicata alle società già esistenti, nella quale si esprime la necessità, durante il procedimento di autorizzazione, da parte della Banca d'Italia di valutare, oltre all'idoneità della struttura organizzativa della società stessa, anche l'esistenza e l'ammontare del patrimonio. In relazione a questo onere per l'autorità di vigilanza è associato il potere per la stessa di disporre l'accesso di propri ispettori o di chiedere perizie a soggetti terzi da cui, poi, dovrà risultare una relazione approfondita sul tema del patrimonio, oltre che sul rispetto della disciplina prudenziale e dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile.¹¹⁶ Questo potere può essere esercitato dall'autorità di vigilanza anche in relazione alla natura dei beni e dei crediti conferiti. Sempre con riferimento alle nuove Disposizioni di vigilanza, va evidenziato alla Sezione V, paragrafo 2, del Titolo I, Capitolo 1, il potere della Banca d'Italia di chiedere per le società di nuova costituzione un adeguamento del capitale iniziale, qualora «quest'ultimo, tenuto conto della prevedibile evoluzione dell'attività, non risulti coerente con il rispetto dei requisiti prudenziali». La relazione sull'analisi d'impatto redatta dalla Banca d'Italia unitamente alle bozze delle disposizioni di vigilanza tiene in considerazione anche l'aspetto del capitale minimo richiesto, basandosi sui dati ricavati dalle segnalazioni di vigilanza prodotte dagli intermediari di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b. alla data del 31 dicembre 2010. L'obiettivo che si intende perseguire con tale analisi¹¹⁷ è mostrare le conseguenze dell'adozione eventuale di un differente livello minimo di capitale richiesto, basandosi indicativamente sugli intermediari attivi al momento della riforma i quali dovrebbero, quindi, iscriversi nel

¹¹⁶ Naturalmente, la Banca d'Italia in base alle diverse tipologie di attività svolte, può indicare altre aree di interesse su cui svolgere la perizia.

¹¹⁷ La Banca d'Italia in questa analisi mette in guardia da una lettura frettolosa dei risultati in quanto «la sottocapitalizzazione di un intermediario rilevata a fine 2010 non ne determina necessariamente l'uscita dal mercato al momento dell'entrata in vigore delle nuove norme. Nel periodo di transizione ogni intermediario ha a disposizione una serie di alternative strategiche per rafforzare la propria struttura patrimoniale» e adeguarsi ai minimi regolamentari previsti. Vi sono, poi, degli aspetti negativi circa la stessa analisi: innanzitutto il fatto che l'invio delle segnalazioni del 2010 costituisca il terzo invio (il primo era stato effettuato nel 2008) comporta la mancanza di una serie storica adeguata e di dati qualitativamente buoni. Inoltre, vi è una differenza sostanziale tra il numero degli intermediari iscritti e il numero di coloro i quali effettivamente operano nel settore finanziario: ciò dipende da numerose cause, tra le quali, ad esempio, l'iscrizione cui poi non è seguito l'effettivo inizio dell'attività, la cessazione di operatività dell'intermediario o il possibile stato di crisi degli intermediari stessi.

nuovo albo. Come già evidenziato in precedenza, nella disciplina previgente, il Testo unico bancario fissava a seicentomila euro il livello minimo di capitale richiesto per gli intermediari di cui all'art. 106 t.u.b., mentre per coloro i quali dovevano richiedere l'iscrizione anche all'elenco speciale erano richiesti solamente requisiti relativi alla dimensione e al volume di attività che comportavano automaticamente livelli di capitale sociale maggiori. Livelli maggiori erano, invece, richiesti per coloro i quali svolgevano attività più rischiose quali il rilascio di garanzie. La nuova disciplina introdotta con il d.lgs. 141/2010, invece, distingue gli intermediari finanziari in due categorie a seconda che essi esercitino un'attività che costituisce riserva di legge o, non erogando credito nei confronti del pubblico, svolgano attività liberalizzate dalla legge. La relazione evidenzia, sulla base di ricerche statistiche, la dotazione di capitale degli intermediari operanti sul mercato al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, utilizzando anche una definizione più ampia di capitale sociale, comprensiva delle riserve di utili e delle perdite pregresse, al fine di valutare in modo più adeguato gli intermediari iscritti all'elenco di cui all'art. 106 che dovrebbero iscriversi nel nuovo albo. Rispetto alla normale situazione, ciò che si evince da tali ricerche è il problema reddituale degli operatori meno patrimonializzati, con una maggiore incidenza delle perdite pregresse e una maggior differenza in corrispondenza di minori dimensioni degli intermediari considerati. La ricerca effettuata dalla Banca d'Italia si è spinta anche oltre valutando l'opzione di un innalzamento della soglia. Gli aspetti positivi sono certamente molti, tra i quali il miglioramento della solidità e affidabilità degli operatori. Potrebbero esservi problemi per gli intermediari che non disponessero di un capitale sociale sufficiente, ma sarebbero facilmente risolvibili attraverso un'attenta politica di reperimento delle risorse. L'immediata conseguenza dell'innalzamento della soglia sarebbe data dalle maggiori barriere all'entrata, che, però, secondo le analisi fatte, non comporterebbero effetti distorsivi sulla concorrenza, a causa della limitata quota di mercato degli operatori. L'ulteriore previsione fatta dalla Banca d'Italia consiste nell'adozione di soglie differenziate in base alla tipologia di operatori, ma questo potrebbe comportare dei problemi di *level playing field*, ovvero

di parità concorrenziale, oltre alle difficoltà per la stessa autorità di vigilanza nel trattamento dei diversi soggetti sottoposti alla disciplina diversificata.¹¹⁸

3.1.3 Il programma di attività

Come previsto per le banche, anche gli intermediari finanziari di cui agli artt. 106 e 107 t.u.b., secondo le previsioni delle istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia del 14 maggio 2009, dovevano predisporre un programma da allegare alla domanda di iscrizione che illustrasse le attività che la società intendeva svolgere, le linee di sviluppo, le strategie e gli obiettivi che intendeva perseguire.¹¹⁹ Questo obbligo viene mantenuto anche nella nuova disciplina del d.lgs. 141/2010 che ha riformato, tra le altre cose, il procedimento autorizzativo per gli intermediari finanziari. Tale programma deve essere predisposto con riferimento al primo triennio di operatività dell'intermediario che richiede l'autorizzazione, avendo riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa dello stesso e alla natura dell'attività svolta, con ciò volendosi riferire al principio di proporzionalità.¹²⁰ Alla Sezione III, paragrafo 1, del Titolo I, Capitolo 1, delle Disposizioni di vigilanza si può trovare una descrizione dettagliata dei documenti di cui deve essere composto il programma. In particolare deve essere predisposta una relazione descrittiva delle linee di sviluppo che l'intermediario intende adottare: deve essere data adeguata spiegazione degli obiettivi e delle finalità dell'iniziativa aziendale ovvero la cosiddetta *mission*; si deve, inoltre,

¹¹⁸ Il diverso trattamento poteva essere previsto, ad esempio, per gli intermediari che operano nel settore del credito specializzato ovvero *leasing* e *factoring*. La Banca d'Italia ha, poi, evidenziato nella relazione sull'analisi d'impatto il fatto che non si rende nemmeno necessario un trattamento differenziato in quanto gli intermediari finanziari che svolgono la loro attività nel settore dei finanziamenti specializzati hanno caratteristiche abbastanza simili alla parte restante degli intermediari di cui all'art. 106 t.u.b.

¹¹⁹ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 135.

¹²⁰ Come ricordato in precedenza, il principio di proporzionalità è uno dei cardini sui quali si è basata la Banca d'Italia nella redazione delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari.

mettere in luce il mercato di riferimento e il posizionamento¹²¹ che si intende adottare, le caratteristiche dell'operatività che si intende avviare e i canali di distribuzione che verranno utilizzati. Il secondo documento che deve essere fornito è una relazione previsionale in merito a profili tecnici e adeguatezza patrimoniale, sempre con riferimento ai primi tre esercizi. Innanzitutto devono essere forniti i prospetti previsionali dello stato patrimoniale, del conto economico e del rendiconto finanziario relativamente a ciascuno dei tre esercizi di riferimento. All'intermediario finanziario, però, si richiede uno sforzo maggiore in quanto egli è tenuto ad effettuare delle previsioni anche in merito all'andamento dei volumi di attività e all'evoluzione del portafoglio crediti e alle relative prospettive di svalutazione.¹²² L'intermediario deve relazionare anche in merito alle stime di costi e ricavi, alle politiche di *pricing*, agli investimenti programmati e alle modalità di copertura finanziaria per gli stessi. Oltre a questo, il soggetto deve analizzare la sostenibilità patrimoniale delle linee di sviluppo e deve, a tal proposito, creare dei prospetti che evidenzino la composizione e l'evoluzione del patrimonio di vigilanza e la stima del fabbisogno patrimoniale a fronte dei rischi cui il soggetto stesso potrebbe essere esposto nel corso del primo triennio e non solo. Le disposizioni auspicano l'utilizzo anche di scenari avversi nell'analisi previsionale, e di conseguenza la descrizione delle azioni di rafforzamento patrimoniale che ne derivano. Il terzo documento che deve essere predisposto dall'intermediario è una relazione sulla struttura organizzativa, le cui linee fondamentali vanno ritrovate alla Sezione II del Titolo V, Capitolo 1, che rimanda, poi, ad un allegato dello stesso capitolo. In particolare devono essere fornite informazioni circa: il sistema di amministrazione e controllo che si intende adottare al fine di garantire nel miglior modo possibile l'efficienza e la dialettica del processo decisionale; la struttura organizzativa e il sistema dei controlli interni, descrivendo anche eventuali deleghe attribuite ai vari livelli organizzativi ed eventuali funzioni

¹²¹ Per quanto riguarda il posizionamento, l'intermediario deve dare conto anche delle quote di mercato attese, mentre in merito al mercato di riferimento anche le prospettive di espansione in altre aree rispetto a quelle di partenza.

¹²² Tenendo conto della rischiosità media dei mercati di insediamento o delle aree geografiche, nonché dei segmenti di clientela che l'intermediario intende servire.

esternalizzate; la gestione dei rischi, con una precisa attenzione al rischio di credito, di riciclaggio, di mercato e di liquidità; i sistemi informativi, da considerare in relazione alla dimensione aziendale e al fabbisogno informativo dei vari organi aziendali, illustrando anche i presidi per garantire la sicurezza del sistema e la riservatezza dei dati. E' previsto, poi, un onere in capo all'intermediario di comunicazione all'autorità di vigilanza di tutte le variazioni significative che possono intervenire durante la fase operativa e possono incidere sull'assetto organizzativo o sull'operatività dell'intermediario. In tal caso, deve essere trasmessa la relazione e il programma di attività aggiornati, «illustrando adeguatamente l'evoluzione delle strategie e dei rischi aziendali nonché le relative procedure organizzative di mitigazione».¹²³ La Banca d'Italia dovrà naturalmente valutare il programma di attività suddetto e la sua adeguatezza a garantire la sana e prudente gestione dell'intermediario. Oltre a valutare la coerenza delle informazioni e l'attendibilità delle previsioni formulate, l'autorità di vigilanza dovrà considerare attentamente anche la sostenibilità del programma e l'adeguatezza del sistema organizzativo. Anche nel caso del programma di attività, la Banca d'Italia può chiedere la modifica dello stesso per evitare che quanto ivi contenuto contrasti con la sana e prudente gestione. Inoltre, in sede di rilascio dell'autorizzazione, l'autorità può fornire indicazioni affinché l'intermediario conformi le proprie linee di sviluppo alle regole prudenziali e alle esigenze informative di vigilanza. I poteri che sono in capo all'autorità di vigilanza nei confronti degli intermediari finanziari sono pressoché gli stessi se confrontati con quelli previsti, in ambito bancario, in capo alla medesima autorità ed esposti nelle Istruzioni di vigilanza sulle banche. Anche per le società già esistenti è prevista la redazione del programma di attività, nel quale si deve dare conto, oltre a ciò che è previsto per le società di nuova costituzione, delle attività svolte in precedenza, allegando i bilanci degli ultimi tre esercizi chiusi e delle iniziative che l'intermediario intende adottare¹²⁴ per convertire le risorse disponibili nei nuovi processi produttivi. Il programma di attività,

¹²³ Titolo V, Capitolo 1, Sezione II, paragrafo 3, delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari.

¹²⁴ Va data rilevanza anche ai tempi di attuazione di questi interventi.

quindi, non è una novità apportata dal d.lgs. 141/2010, essendo già previsto nella previgente disciplina del Testo unico bancario. Simile al programma di attività è anche la relazione illustrativa che gli intermediari devono predisporre qualora intendano richiedere l'autorizzazione per la prestazione di servizi di investimento alle condizioni previste dall'art. 18, comma 3 t.u.f., purché tale attività venga svolta in correlazione a quella di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e che l'esercizio della stessa sia previsto espressamente nell'oggetto sociale. La richiesta dell'autorizzazione può essere presentata anche contestualmente a quella di iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. L'autorizzazione è concessa dalla Banca d'Italia anche attraverso il meccanismo del silenzio-assenso che opera a partire dal novantesimo giorno trascorso dalla presentazione della domanda stessa. La relazione illustrativa, da predisporre in due sezioni, è valutata dall'autorità di vigilanza in merito a due diverse tematiche ovvero la correttezza e trasparenza dei comportamenti nella prestazione del servizio e l'organizzazione e la gestione dei rischi. La prima sezione deve rendere conto di tutte le considerazioni fatte dall'intermediario stesso per giungere alla decisione di chiedere l'autorizzazione per la prestazione dei servizi di investimento, con particolare riguardo ai fattori strategici, di mercato e di prodotto. Si deve dar conto, poi, dell'impatto che lo svolgimento dei servizi stessi avrà sulla situazione patrimoniale utilizzando stime riferite al primo triennio di attività includendo anche condizioni avverse di mercato. Si dovrà, poi, procedere con la descrizione della struttura organizzativa e degli interventi organizzativi necessari al totale adeguamento al nuovo regime di attività, in particolare dell'incidenza sull'organico delle risorse che verranno destinate alla nuova attività. La seconda sezione della relazione dovrà, invece, illustrare i servizi per i quali si richiede l'autorizzazione, nonché la tipologia di mercato e di clientela di riferimento e i canali distributivi che l'intermediario intende utilizzare. Inoltre, oltre alle politiche di remunerazione per la commercializzazione dei servizi e dei prodotti finanziari, si dovrà illustrare anche la procedura per il trattamento degli eventuali reclami. Fondamentale è, inoltre, la parte relativa ai presidi predisposti per la minimizzazione del rischio cui gli intermediari sono sottoposti nello svolgimento dell'attività suddetta. Per quanto riguarda in particolare il servizio di esecuzione di ordini si dovrà dar conto delle

procedure che garantiscono l'indirizzamento dell'ordine del cliente verso la migliore sede di esecuzione e i meccanismi per il controllo dell'intera procedura esecutiva. In generale, poi, l'intermediario dovrà presentare ulteriore documentazione attinente la sua adesione ad un sistema di indennizzo a tutela degli investitori secondo le previsioni dell'art. 59 t.u.f.¹²⁵ e l'adeguamento alle disposizioni in tema di regolamentazione interna e contrattualistica da parte del responsabile della funzione di *compliance*.

3.1.4 Gli stretti legami

Prima di poter parlare di stretti legami, è necessario darne una definizione abbastanza dettagliata in modo da poter capire le intenzioni del legislatore nel prevedere questo requisito per l'ottenimento dell'autorizzazione. La definizione che si legge nelle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari è la seguente: «i rapporti tra un intermediario finanziario e un soggetto italiano o estero che 1) controlla l'intermediario finanziario; 2) è controllato dall'intermediario finanziario; 3) è controllato dallo stesso soggetto che controlla l'intermediario finanziario; 4) partecipa al capitale dell'intermediario finanziario in misura pari almeno al venti per cento del capitale con diritto di voto; 5) è partecipato dall'intermediario finanziario in misura pari almeno al venti per cento del capitale con diritto di voto».¹²⁶ A tal proposito, per definire più precisamente ancora, è necessario rifarsi alla norma del codice civile in tema di società controllate ovvero l'art. 2359. Secondo il disposto di questo articolo si considerano controllate le società nelle quali un'altra dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, trattandosi in questo caso di controllo di diritto, ovvero le società nelle quali un'altra dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria, potendosi parlare in tal caso di

¹²⁵ L'articolo 59 t.u.f. prevede, infatti, che il rilascio dell'autorizzazione sia subordinato all'adesione ad un sistema di indennizzo riconosciuto dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentite la Banca d'Italia e la Consob. Il Ministro in questione, poi, è deputato a disciplinare con proprio regolamento l'organizzazione e il funzionamento dei sistemi di indennizzo stessi.

¹²⁶ Titolo I, Capitolo 1, Sezione I, paragrafo 3, delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari.

controllo di fatto. Allo stesso modo è considerata controllata una società che si trova sotto l'influenza dominante di un'altra a causa di vincoli contrattuali tra le due. Gli stretti legami vengono valutati dall'autorità di vigilanza nell'ottica di un possibile ostacolo all'effettivo esercizio dell'azione di vigilanza stessa. Nelle Disposizioni di vigilanza non si dice nient'altro in merito a questo requisito. L'unico appunto che si ritiene necessario fare riguarda la possibilità che con la previsione di questo requisito si possa reintrodurre in capo all'autorità di vigilanza parte della discrezionalità che si era sempre tentato di eliminare nel corso degli anni.¹²⁷ La previsione di questo requisito è in linea con il Testo unico bancario, che lo prevede tra i requisiti necessari per l'ottenimento dell'autorizzazione, e anche con il codice delle assicurazioni private. Se si confronta la definizione di stretti legami per gli intermediari finanziari con quella che si trova, appunto, nel codice delle assicurazioni private, si può notare che, nonostante l'obiettivo sia sempre quello di prevenire un possibile ostacolo all'esercizio della vigilanza, la definizione nel secondo caso risulta molto più ampia. Innanzitutto, essa ricomprende nella definizione di stretti legami anche i patti parasociali¹²⁸ che, già intuitivamente, possono essere di ostacolo alle autorità di vigilanza nello svolgimento della loro attività. Oltre alla previsione di una minor percentuale¹²⁹ per considerare una partecipazione quale possibile segnale di stretto legame, al fine di ricomprendere tutte le possibili casistiche, si considera come stretto legame anche il rapporto «di carattere tecnico, organizzativo, finanziario, giuridico e familiare che possa influire in misura rilevante sulla gestione dell'impresa»,¹³⁰ con questo ponendosi come previsione di chiusura che ricomprende tutte le situazioni possibili non espressamente menzionate. L'autorità di vigilanza, che in questo caso è l'ISVAP, può, inoltre, ampliare la definizione di stretti legami. La mancanza, quindi, nelle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari, di riferimenti disciplinari agli stretti legami farà sorgere

¹²⁷ Tale obiettivo era stato tra le altre cose alla base del passaggio dalla vigilanza sostanziale alla vigilanza di tipo prudenziale in ambito bancario.

¹²⁸ I patti parasociali sono degli accordi fra i soci, al di fuori dell'atto costitutivo, con i quali essi dispongono di propri diritti sociali, in questo caso il diritto di voto, vincolandosi reciprocamente ad esercitarli in modo predeterminato per perseguire degli obiettivi comuni.

¹²⁹ La percentuale di cui si sta parlando nel codice delle assicurazioni private è fissata al dieci per cento.

¹³⁰ Articolo 1, comma 1, lettera iii), del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

certamente qualche dubbio a livello interpretativo che si auspica venga presto risolto dalle autorità di vigilanza competenti.

CAPITOLO 4

L'OGGETTO SOCIALE

SOMMARIO: 4.1 Le nozioni di attività esercitabili – 4.1.1 L'attività di intermediazione in cambi – 4.1.2 L'attività di assunzione di partecipazioni – 4.1.3 L'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma – 4.1.4 Le ulteriori attività esercitabili dagli intermediari finanziari – 4.1.4.1 Attività connesse e strumentali – 4.2 L'esercizio nei confronti del pubblico

4.1 Le nozioni di attività esercitabili

Gli intermediari finanziari che richiedono l'iscrizione nell'albo previsto dalla nuova disciplina del Titolo V devono soddisfare anche altri requisiti oltre a quelli di cui si è parlato in precedenza. In particolare il requisito richiesto alla lettera g), primo comma dell'art. 107 t.u.b., prevede che l'oggetto sociale sia limitato alle sole attività di cui al primo e al secondo comma dell'art. 106 t.u.b. Quest'ultimo dispone che:

«1 L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia.

2 Oltre alle attività di cui al comma 1 gli intermediari finanziari possono prestare servizi di pagamento, a condizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-novies, comma 4, e iscritti nel relativo albo, nonché prestare servizi di investimento se autorizzati ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Gli intermediari finanziari possono altresì esercitare le altre attività a loro eventualmente consentite dalla legge nonché attività connesse o strumentali, nel rispetto delle disposizioni dettate dalla Banca d'Italia.

3 Il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, specifica il contenuto delle attività indicate al comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l'esercizio nei confronti del pubblico». ¹³¹

La prima importante novità, già evidenziata nel precedente capitolo, è l'individuazione di un unico albo cui devono iscriversi tutti gli intermediari finanziari che operano nei confronti del pubblico, qualora rispettino le condizioni previste al successivo art. 107 t.u.b. A differenza, inoltre, di quanto era previsto nelle precedenti formulazioni del Titolo V del Testo unico bancario, agli intermediari finanziari è riservata la sola attività di concessione di finanziamenti, la quale, però, con la locuzione «sotto qualsiasi forma» assume un'accezione più ampia, ricomprendendo una più vasta gamma di attività. Si individua, quindi, un regime di riserva comprovato anche dal disposto dell'art. 132 t.u.b., ¹³² il quale prevede una sanzione per coloro che commettono il reato di «abusiva attività finanziaria». Le Disposizioni di vigilanza, che si soffermano sul tema alla Sezione II del Titolo I, Capitolo 3, indicano come attività esercitabili dagli intermediari finanziari la concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico e la riscossione di crediti ceduti e servizi di cassa e di pagamento ai sensi dell'art. 2 della legge 30 aprile 1999, n. 130, in materia di cartolarizzazione dei crediti ovvero la cosiddetta attività di *servicing*. Come si era già desunto dai capitoli precedenti le attività che possono essere svolte dagli intermediari finanziari hanno subito una trasformazione radicale con l'entrata in vigore del d.lgs. 141/2010, il quale ha ridefinito la riserva di attività, limitandola, appunto, alla sola concessione di finanziamenti. Prima di questo intervento normativo, infatti, gli intermediari finanziari potevano svolgere quattro diverse tipologie di attività ovvero l'assunzione di partecipazioni, la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, l'intermediazione

¹³¹ Art. 106, commi 1, 2 e 3, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

¹³² Questo articolo prevede, infatti, la sanzione della reclusione da sei mesi a quattro anni e la multa da euro 2.065 ad euro 10.329 per coloro che svolgono una delle attività previste all'articolo 106, comma 1, t.u.b. senza l'autorizzazione di cui all'art. 107 t.u.b. CAPRIGLIONE F., *op. cit.*, pag. 1394.

in cambi e la prestazione di servizi di pagamento.¹³³ Con la legge antiriciclaggio, ancora precedente, le attività che potevano essere svolte erano leggermente diverse: gli intermediari potevano esercitare l'attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti, compreso il *leasing*, di intermediazione in cambi e servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi, compresa l'emissione e la gestione di carte di credito.¹³⁴ In merito all'attuale decisione di limitare l'ambito delle attività esercitabili dagli intermediari finanziari, va detto che tale scelta si pone in linea di continuità con le ultime disposizioni emanate in materia. La prestazione dei servizi di pagamento, a seguito dell'emanazione del d.lgs. 11/2010 adottato in attuazione della direttiva 2007/64/CE,¹³⁵ è sottoposta alle disposizioni di cui agli artt. 114-*sexies* e seguenti, t.u.b., mentre l'attività di intermediazione in cambi¹³⁶ rientra tra le attività disciplinate dal Testo unico della finanza. L'attività di assunzione di partecipazioni, invece, non costituisce più attività riservata.¹³⁷ Come si può leggere al terzo comma del nuovo art. 106 t.u.b. è lasciato al Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la

¹³³ Va ricordato, però, che tale attività è stata eliminata dal novero delle attività esercitabili con il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, che all'art. 35, comma 2, l'ha soppressa.

¹³⁴ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 273.

¹³⁵ A tal proposito si ricorda che la suddetta direttiva, relativa ai servizi di pagamento, ha come obiettivo quello di creare un mercato unico dei pagamenti a livello europeo, che possa essere definito neutrale, dove, cioè, sia garantita la parità di condizioni per coloro che vi operano e la libertà di scelta per i consumatori, con maggiori vantaggi in termini di costi, efficacia e sicurezza. Per ottenere ciò, con la direttiva in esame si introduce una nuova categoria di intermediari, ovvero gli istituti di pagamento, i quali possono prestare servizi di pagamento nei confronti del pubblico purché non siano collegati alla raccolta di depositi o all'emissione di moneta elettronica. Anche in questo caso per l'ottenimento dell'autorizzazione sono previsti dei requisiti prudenziali proporzionali ai rischi operativi e finanziari cui essi sono esposti nell'esercizio della loro attività. L'autorità competente alla vigilanza su questi soggetti è la Banca d'Italia, la quale deve anche garantire un corretto accesso ai sistemi in oggetto e la parità concorrenziale fra i soggetti che vi operano all'interno. La stessa direttiva comunitaria sui sistemi di pagamento prevede dei controlli creati con un'impostazione bancaria e finanziaria sulla base della riserva di attività. Essi, d'altronde, non possono essere banche in quanto è loro vietata la raccolta di depositi o di altri fondi rimborsabili, potendo, quindi, essere ricondotti nella sola sfera degli intermediari finanziari di cui al Titolo V del Testo unico bancario, assoggettandoli, dunque, a controlli più limitati in ragione del loro minor rischio sistemico e della maggior facilità di monitoraggio. PELLEGRINI M., *La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari. Da un riscontro di regolarità alla supervisione*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, pag. 297 ss.

¹³⁶ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 44.

¹³⁷ Ai sensi del richiamato decreto ministeriale 29/2009 all'art. 12 si prevedeva che l'attività di assunzione di partecipazioni «rileva ai fini dell'iscrizione nell'apposita sezione dell'elenco generale solo ove svolta congiuntamente ad altra attività finanziaria nei confronti delle partecipate».

Banca d'Italia, il compito di specificare il contenuto delle attività esercitabili dagli intermediari finanziari e la nozione di esercizio nei confronti del pubblico. Con riferimento alla nuova disciplina non è stato ancora emanato alcun regolamento ministeriale, concordando, quindi, sull'adozione dell'ultimo pubblicato ovvero quello del 17 febbraio 2009, n. 29, fino a quando non si avrà un nuovo decreto ministeriale in merito.

4.1.1 *L'attività di intermediazione in cambi*

L'attività di intermediazione in cambi non ha sollevato, come nel caso delle altre attività, grandi problemi a livello interpretativo. Essa è sempre stata incentrata sulla negoziazione di una valuta contro un'altra, a pronti o a termine. Con il decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29, all'art. 4 si aggiunge, inoltre, la menzione ad ogni altra forma di mediazione con oggetto la valuta. Il decreto ministeriale ha mantenuto la distinzione tra intermediazione con assunzione di rischi in proprio e senza, sopprimendo, però, la deroga relativa al requisito del capitale sociale prevista per i *money brokers*,¹³⁸ imponendo a tutti lo stesso livello di capitale sociale che all'epoca era pari a 600 mila euro, sulla base della constatazione che anche i *money brokers*, come tutti gli altri operatori del settore, nell'esercizio della loro attività assumevano significativi rischi di natura operativa. Prescindendo dalle diverse discipline a seconda delle caratteristiche operative, in questa sede basti ricordare come l'attività con assunzione di rischi in proprio potesse essere svolta soltanto da intermediari iscritti nell'elenco speciale previsto all'art. 107 t.u.b., mentre l'attività che non comportava l'assunzione di rischi in proprio, ovvero il mero *brokeraggio*, potesse essere esercitata soltanto da intermediari iscritti nell'elenco generale, con assoggettamento alla disciplina generale anche in merito al requisito del capitale sociale previsto all'art. 106 t.u.b. Se quest'ultima attività era svolta, poi, nei confronti del pubblico era necessaria l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b.

¹³⁸ Tali soggetti esercitano l'attività di intermediazione in cambi senza l'assunzione di rischi in proprio.

Come si è già ricordato, poi, l'attività di intermediazione in cambi è stata ricompresa nelle attività disciplinate dal Testo unico della finanza.¹³⁹

4.1.2 L'attività di assunzione di partecipazioni

Il problema della definizione dell'attività di assunzione di partecipazioni si era posto ancora prima dell'entrata in vigore della legge antiriciclaggio, già con la legge del 7 giugno 1974, n. 216, che vide la contrapposizione di due differenti opinioni. La prima che includeva tra i soggetti che esercitavano tale attività tutte le società che detenevano partecipazioni in altre società,¹⁴⁰ mentre la seconda escludeva coloro che detenevano le partecipazioni a soli fini di coordinamento tecnico, economico e finanziario delle società partecipate.¹⁴¹ Naturalmente, la scelta tra uno dei due filoni aveva importanti ripercussioni in tema di applicabilità della disciplina in particolare per le società *holding*. Con l'entrata in vigore della legge antiriciclaggio nella sua prima versione si riprendevano le previsioni della legge appena citata contemplando l'attività di assunzione di partecipazioni congiuntamente alla compravendita, possesso, gestione o collocamento di valori mobiliari.¹⁴² Nel corso degli anni, poi, la disciplina in materia di antiriciclaggio aveva subito modifiche fino ad arrivare alla versione definitiva che eliminava qualsiasi riferimento, parlando solo di attività di assunzione di partecipazioni. Così descritta, tale attività sembrava dover ricomprendere il maggior numero di soggetti se intesa nella sua accezione più ampia, ma questo poteva essere giustificato solo se la si fosse considerata nell'ottica di predisposizione di una normativa di chiusura sugli intermediari finanziari. Si poteva, quindi, affermare all'epoca che gli intermediari che esercitavano prevalentemente l'attività di assunzione di diritti rappresentati o meno da titoli nel capitale di altre imprese, prescindendo dal

¹³⁹ BERNERI F., GOFFREDO M. A., *op. cit.*, pag. 1494.

¹⁴⁰ Questa è la posizione peraltro assunta dalla Consob nella circolare n. 3/84/10647 del 28 luglio 1984.

¹⁴¹ Tale opinione era stata espressa dall'Assonime, Associazione fra le Società Italiane per Azioni, nella circolare n. 100 del 1982.

¹⁴² COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 277.

fine per cui li avevano acquistati, dovevano essere sottoposti almeno alle disposizioni previste per il primo livello di controlli nella legge antiriciclaggio. Con l'entrata in vigore del Testo unico bancario qualche anno più tardi e l'emanazione del decreto del Ministro del tesoro del 6 luglio 1994, venne data una definizione all'attività in oggetto ovvero quell'insieme di attività apparentemente affini ma distinte tra loro sulla base delle finalità. In particolare si includevano l'acquisizione, la detenzione e la gestione di partecipazioni per stabilire legami durevoli con le società partecipate, attività tipicamente svolta dalle *holding*, ma anche l'attività svolta nei confronti del pubblico,¹⁴³ per cui l'assunzione di partecipazioni aveva come obiettivo la successiva alienazione e nel periodo di detenzione la realizzazione di particolari interventi di riorganizzazione aziendale, sviluppo produttivo o soddisfacimento di esigenze finanziarie delle partecipate.¹⁴⁴ Nel caso dell'attività svolta tipicamente dalle *holding*, il decreto ministeriale del 6 luglio 1994 precisava, al secondo comma dell'art. 6, che erano da ricomprendere in questo ambito anche gli impieghi in partecipazioni a titolo di investimento di portafoglio. Con il successivo decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29, venne eliminato quest'ultimo riferimento nella definizione dell'attività di assunzione di partecipazioni, poiché sebbene si tendesse a evitare difficoltà interpretative del criterio della prevalenza del vecchio art. 113 t.u.b., si arrivava a confondere l'obiettivo dell'antiriciclaggio con quello della disciplina delle società che detenevano partecipazioni. Così facendo, si includevano anche le attività di *trading*, ovvero meramente speculative o di temporaneo investimento in titoli azionari.¹⁴⁵ Lo stesso decreto ministeriale precisava, poi, all'art. 6, comma 2, che, a prescindere dalla realizzazione di un legame con le imprese partecipate per lo sviluppo della partecipante, si aveva attività di assunzione di partecipazioni quando la partecipante

¹⁴³ Oltre alla peculiarità della successiva alienazione, per essere svolta nei confronti del pubblico l'attività in questione deve anche essere svolta nei confronti di terzi con carattere di professionalità.

¹⁴⁴ CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 848. In particolare quest'ultima tipologia di assunzione di partecipazioni è tipica del *merchant banking* ovvero l'attività svolta da istituti specializzati che offrono servizi finanziari alle imprese di medie e grandi dimensioni, intervenendo nel capitale delle stesse nelle fasi di sviluppo per ragioni di assistenza attraverso ingenti apporti di capitale con l'obiettivo principale di quotare l'impresa stessa o di venderne le quote ad altre società.

¹⁴⁵ COLAVOLPE A., *op. cit.*, pag. 1155.

era titolare di almeno un decimo dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria. Alcuni Autori, però, non escludevano la possibilità che si potesse parlare di attività di assunzione di partecipazioni anche nel caso la percentuale detenuta fosse inferiore al dieci per cento della società partecipata.¹⁴⁶ L'art. 12, comma 3, del decreto ministeriale 29/2009 sottolineava, poi, che tale attività rilevava ai fini dell'iscrizione nell'elenco speciale soltanto se svolta congiuntamente ad altra attività finanziaria nei confronti delle partecipate, con ciò non costituendo più attività riservata.¹⁴⁷ Pertanto le società che esercitavano tale attività, in via prevalente o esclusiva non nei confronti del pubblico, non erano più tenute all'iscrizione nella sezione speciale dell'elenco generale di cui all'art. 113 t.u.b. se si limitavano alla mera detenzione senza svolgere altra attività finanziaria, con ciò riferendosi al caso delle *holdings* pure o *holdings* statiche. Pertanto con l'entrata in vigore del decreto ministeriale in oggetto le società che rientravano in questa fattispecie e risultavano già iscritte potevano chiedere all'autorità di vigilanza la cancellazione dall'elenco. Nella definizione delle attività esercitabili dagli intermediari finanziari, quella di assunzione di partecipazioni, ovvero l'attività tipicamente svolta dalle *holdings*, è stata oggetto di discussione nei primi anni di applicazione della disciplina del t.u.b. La dottrina, infatti, si divideva tra coloro che ritenevano tale attività come finanziaria e coloro che ritenevano dovesse essere esclusa dal novero delle attività finanziarie. Nel primo caso, a favore di tale tesi vi era la difficoltà di distinguere tali società da quelle prettamente finanziarie, poiché le società che detenevano pacchetti azionari erano sempre più spesso coinvolte anche nello svolgimento di operazioni di natura finanziaria. Allo stesso tempo era stato rilevato che le società finanziarie comprese nei gruppi o detenevano pacchetti azionari permanentemente mantenendo distaccato il gruppo prettamente industriale, o detenevano pacchetti azionari temporaneamente operando nella logica delle *merchant banks*. Secondo la tesi opposta, invece, l'assunzione di partecipazioni poteva essere considerata come attività finanziaria solamente se destinata alla successiva alienazione. In tal modo, quindi, l'*holding* non sarebbe stata classificabile in tale categoria di

¹⁴⁶ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 40.

¹⁴⁷ CAPRIGLIONE F., *op. cit.*, pag. 1388.

società in quanto non operava nei confronti dei terzi ma solamente a fini di gestione delle partecipazioni acquisite. A questo punto, era necessario distinguere il profilo soggettivo da quello oggettivo. In quest'ultimo caso, l'attività delle *holdings* di detenzione delle partecipazioni era da considerarsi contrapposta a quella svolta dalle *merchant banks*, ovvero di gestione. Dal punto di vista soggettivo, invece, venivano analizzate le differenze tra le due diverse tipologie di attività esercitate dalle due società. Alcuni Autori avevano, però, evidenziato nei loro scritti¹⁴⁸ la possibilità che le società variassero le finalità per cui decidevano di detenere pacchetti azionari, potendo operare in diversi momenti della propria esistenza come *holding* o come *merchant bank*. A ben vedere, quindi, non poteva essere attuata una perfetta distinzione tra le due diverse tipologie di società, poiché entrambe avrebbero potuto esistere nella vita delle stesse. Ed è per lo stesso motivo che l'art. 106 t.u.b. ante riforma non utilizzava distinzioni sulla base del tipo di società ma si riferiva genericamente all'attività di assunzione di partecipazioni. Pertanto il concetto di *holding* era da intendersi come identificativo di una delle possibili attività esercitate da una società, non anche della società in se e per se. Nonostante queste considerazioni il problema della *holding* come società che svolge attività finanziaria non era ancora stato superato. La questione, però, arrivò ad un punto di svolta con l'emanazione della normativa secondaria, in particolare con il decreto ministeriale 29/2009 che, come ricordato in precedenza, definì l'attività di assunzione di partecipazioni in modo tale da ricomprenderla tra le attività finanziarie, potendo essere svolta, quindi, in via complementare ad altre attività considerate anch'esse finanziarie. Sebbene, quindi, tale attività venisse svolta all'interno del gruppo, assoggettando le società stesse alla disciplina di cui all'art. 113 t.u.b. ante riforma, queste ultime potevano essere considerate a pieno titolo degli intermediari finanziari.

¹⁴⁸ Si veda a questo proposito BENATTI L., *op. cit.*, pag. 116 ss.

4.1.3 L'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma

Per quanto riguarda l'attività di concessione di finanziamenti, già negli anni della legge antiriciclaggio erano state riscontrate delle difficoltà nella definizione della stessa attività. Non vi erano, infatti, norme che disciplinassero il contratto di finanziamento e allo stesso modo in ambito economico la definizione che veniva data al termine finanziamento era estremamente riduttiva, con ciò riferendosi alla specificità del soggetto passivo, ovvero l'azienda, e alla particolarità dei mezzi coinvolti, cioè il denaro. All'epoca, dunque, si era tentato di giungere alla definizione della suddetta attività attraverso il metodo tipologico, considerando l'obiettivo perseguito dai soggetti coinvolti nel negozio e l'elemento dell'utilità. Sulla base di queste considerazioni, quindi, si erano individuati tre elementi caratterizzanti il finanziamento, ovvero l'utilità del bene trasferito dal finanziatore al finanziato, la restituzione dello stesso e l'essenzialità della durata.¹⁴⁹ Pertanto, era necessario soltanto il trasferimento da un soggetto ad un altro del denaro, o qualsiasi altro bene che apportasse un vantaggio economico, e dall'altra parte la restituzione dello stesso, in tutto o in parte differita, che evidenziasse il carattere oneroso dell'operazione stessa. Con l'entrata in vigore del Testo unico bancario e l'emanazione del decreto dell'allora Ministro del tesoro del 6 luglio 1994 si ha la prima definizione dell'attività di concessione di finanziamento. Quest'ultima comprendeva, quindi, tutte le attività di finanziamento connesse con l'attività di *leasing*, *factoring* e credito al consumo.¹⁵⁰

¹⁴⁹ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 275.

¹⁵⁰ Questa attività, in particolare, secondo il citato decreto ministeriale del 6 luglio 1994 all'art. 5, era da considerarsi sempre come un'attività svolta nei confronti del pubblico. Nell'esperienza italiana, il credito al consumo aveva da sempre rappresentato una delle più ricorrenti categorie di attivi cartolarizzati da soggetti vigilati, quali banche e intermediari finanziari inclusi in gruppi bancari, e, quindi, un canale preferenziale per quegli intermediari che non potevano raccogliere risparmio tra il pubblico per scelte strategiche o vincoli normativi. A differenza di quanto avveniva nei mercati anglosassoni con la cartolarizzazione dei saldi attivi derivanti dall'utilizzo delle carte di credito, nel mercato italiano le suddette operazioni avevano ad oggetto crediti in *bonis* relativi a prestiti personali o finalizzati all'acquisto di beni di consumo. La prima disciplina comunitaria del credito al consumo risale al 22 dicembre 1986 con la direttiva n. 87/102, fino ad arrivare all'inserimento nel Testo unico bancario, dall'art. 121 all'art. 128, della normativa comunitaria n. 98/7 del 16 febbraio 1998, recepita con decreto legge e modificata nel 2000. Il credito al consumo può essere definito, quindi, come la concessione nell'ambito di un'attività commerciale o professionale di dilazioni di pagamento, prestiti o finanziamenti a favore

Inoltre, dovevano ricomprendersi in questa fattispecie anche le attività di concessione di prestiti su pegno, credito ipotecario e rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma.¹⁵¹ Il rilascio di garanzie¹⁵², poi, era un'attività che richiedeva particolari requisiti in tema di capitale sociale versato e mezzi patrimoniali secondo le previsioni di un successivo decreto ministeriale del 2 aprile 1999, il quale all'art. 2 imponeva un capitale sociale versato pari ad almeno due miliardi di lire per quegli intermediari che svolgevano tale attività in via prevalente od esclusiva e mezzi patrimoniali pari o superiori a quelli previsti dal precedente decreto ministeriale del 13 maggio 1996.¹⁵³ Inoltre il decreto del 2 aprile 1999 prevedeva che il criterio della prevalenza andasse valutato con riferimento all'ultimo bilancio approvato e che l'ammontare delle garanzie fosse superiore all'ammontare delle attività dello stesso stato patrimoniale. Altrimenti, sempre secondo il suddetto decreto ministeriale,

di un soggetto persona fisica che utilizzi il denaro privatamente e, comunque, se imprenditore, al di fuori del proprio ambito lavorativo. È possibile, quindi, individuare un presupposto oggettivo ovvero il tipo di operazione, e uno soggettivo, che dipende dalla qualità del soggetto attivo ovvero un operatore commerciale, e del soggetto passivo, cioè un privato o che comunque utilizzi il denaro nella sfera privata. RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 43.

¹⁵¹ Tra questi vanno comprese le fidejussioni, gli avalli, le aperture di credito documentarie, le accettazioni, le girate e gli impegni a concedere credito. CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 848. Sullo stesso tema anche ROTONDO G., *Commento sub art. 106*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 854.

¹⁵² Sul fronte del rilascio di garanzie, va evidenziata la presenza rilevante dei confidi, anche di secondo grado, dei quali, nel corso della trattazione, non si terrà volutamente conto. In tale sede, però, si sottolineano i tratti caratteristici della disciplina che li ha caratterizzati fino alla riforma del Titolo V del Testo unico bancario. I confidi, secondo quanto disposto dall'art. 155, comma 4, t.u.b., erano tenuti all'iscrizione in un'apposita sezione dell'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b., potendo svolgere la sola attività di prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie al fine di favorire le piccole e medie imprese associate nell'accesso al credito da parte di banche e altri soggetti che operavano nel settore finanziario. Qualora tali confidi avessero superato alcuni requisiti previsti dal decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29, all'art. 15 in termini di volume di attività finanziaria, essi erano tenuti all'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b., che gli consentiva di svolgere ulteriori attività quali, ad esempio, la prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato e la gestione di fondi pubblici di agevolazione. Con la nuova disciplina introdotta a seguito della riforma del Titolo V del Testo unico bancario, i confidi sono tenuti a iscriversi nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. qualora il volume di attività finanziaria sia pari o superiore a 75 milioni di Euro. Per quanto riguarda, invece, i confidi che rimangono al di sotto di tale limite è prevista l'iscrizione in un elenco tenuto da un Organismo istituito appositamente.

¹⁵³ Il decreto ministeriale in oggetto, recante i criteri di iscrizione per gli intermediari finanziari nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b., prevedeva che l'iscrizione fosse obbligatoria per coloro i quali svolgevano attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma e avevano mezzi patrimoniali pari ad almeno dieci miliardi di lire.

l'attività doveva considerarsi come svolta in prevalenza solo se l'ammontare dei proventi prodotti dal rilascio delle garanzie fosse superiore al cinquanta per cento dei proventi complessivi.¹⁵⁴ Con l'ultimo importante decreto ministeriale prima della riforma del 2010, si effettuarono alcune puntualizzazioni in merito alla definizione di attività di concessione di finanziamento sotto qualsiasi forma, uniformando la dicitura delle disposizioni ministeriali a quanto previsto nella normativa primaria all'art. 106 t.u.b. È stato, poi, ribadito che la forma tecnica della dilazione di pagamento del prezzo non costituisce concessione di finanziamento se «svolta dai soggetti autorizzati alla vendita di beni e di servizi nel territorio della Repubblica».¹⁵⁵ È stata, inoltre, ampliata la gamma del rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma includendo, oltre alle forme espressamente previste, «ogni altra forma di rilascio di garanzia e di impegno di firma»,¹⁵⁶ lasciando aperta la strada ad altre possibili forme tecniche di garanzia. Erano comunque escluse le fidejussioni e gli impegni di firma previsti nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari. In generale la definizione che viene data dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è atta a ricomprendervi anche operazioni non appartenenti alle categorie espressamente menzionate dai vari decreti ministeriali che si sono susseguiti negli anni, purché si riconosca il carattere di finanziarietà che consiste nel conferimento a terzi di disponibilità attraverso l'erogazione di credito. Come si era già evidenziato all'inizio del capitolo, il terzo comma dell'art. 106 t.u.b. prevede un intervento del Ministro dell'economia e delle finanze in merito alla definizione del contenuto delle attività di cui allo stesso articolo. Non si è ancora assistito all'emanazione di alcun decreto ministeriale, dovendosi, quindi, considerare valido il precedente decreto ovvero quello del 17 febbraio 2009, n. 29 finché il Ministro non provvederà in merito.

¹⁵⁴ CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 848.

¹⁵⁵ Si veda a questo proposito l'art. 3, comma 1, lettera c) del decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29.

¹⁵⁶ Art. 3, comma 1, lettera f) del decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29.

4.1.4 Le ulteriori attività esercitabili dagli intermediari finanziari

Il radicale cambiamento avvenuto nel 2010 ha limitato, come evidenziato in precedenza, alla sola attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma le attività esercitabili dagli intermediari finanziari. Al secondo comma dell'art. 106 t.u.b. è prevista, però, la possibilità per gli stessi di svolgere altre attività sotto determinate condizioni. Considerando le Disposizioni di vigilanza in merito ovvero la Sezione II del Titolo I, Capitolo 3, si nota che gli intermediari finanziari possono «effettuare le altre attività previste da norme di legge, a condizione che siano svolte in via subordinata rispetto alle attività di concessione di finanziamenti». Si prosegue, poi, con un elenco esemplificativo, che si suppone non essere esaustivo, delle attività che possono rientrare in questa categoria ovvero: la promozione e il collocamento di contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e alla prestazione di servizi di pagamento; l'erogazione di finanziamenti agevolati e la gestione di fondi pubblici, secondo le previsioni dell'art. 110 t.u.b. che estende l'applicazione dell'art. 47 t.u.b. agli intermediari finanziari; la distribuzione di prodotti assicurativi qualora consti l'iscrizione negli appositi registri. In merito a quest'ultima attività, va evidenziato come all'art. 109 del codice delle assicurazioni private sia previsto l'obbligo di iscrizione in un registro telematico unico per gli intermediari di cui al Titolo V del Testo unico bancario che intendono qualificarsi come intermediari assicurativi. Qualora essi decidano di avvalersi di dipendenti, collaboratori, produttori o altri incaricati all'intermediazione, l'intermediario stesso dovrà provvedere anche alla loro iscrizione in apposita sezione del registro. Una volta effettuata l'iscrizione, l'autorità di vigilanza ovvero l'ISVAP rilascia un'attestazione, «fermi restando gli adempimenti necessari alle procedure di verifica e di revisione delle iscrizioni effettuate»,¹⁵⁷ stabilendo, poi, gli obblighi di comunicazione a carico dell'intermediario stesso. Inoltre gli intermediari finanziari possono svolgere altre attività, espressamente indicate al secondo comma dell'art. 106 t.u.b. Queste attività consistono in: prestazione di servizi di pagamento, come ricordato in precedenza, solo

¹⁵⁷ Art. 109, comma 5, del codice delle assicurazioni private.

in presenza dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 114-*novies* t.u.b. e dell'iscrizione nel relativo albo; emissione di moneta elettronica, purché consti l'autorizzazione di cui all'art. 114-*quinquies* t.u.b. e l'iscrizione nel relativo albo; prestazione di servizi di investimento, purché siano rispettate le condizioni di cui all'art. 18, comma 3 t.u.f.¹⁵⁸

In merito a quest'ultima attività le Disposizioni di vigilanza prevedono un particolare procedimento di autorizzazione. Gli intermediari finanziari, infatti, possono svolgere la suddetta attività solamente se essa risulta strettamente correlata all'attività di concessione di finanziamenti svolta in via principale e se lo svolgimento della stessa è espressamente previsto nell'oggetto sociale. In particolare la domanda di autorizzazione¹⁵⁹ deve essere presentata alla Banca d'Italia anche unitamente a quella con la quale si richiede l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b., indicando i servizi per i quali si richiede l'autorizzazione. Trascorsi novanta giorni dalla presentazione della domanda, l'autorizzazione si intende ottenuta¹⁶⁰ se non espressamente respinta, valendo, dunque, il meccanismo del silenzio-assenso. In generale, comunque, come si era già evidenziato in precedenza lo svolgimento delle suddette attività deve essere previsto nel programma di attività o, qualora si faccia richiesta di autorizzazione in un momento successivo, deve essere presentato all'autorità di vigilanza il programma di attività e la relazione sulla struttura organizzativa aggiornati. Secondo quanto previsto dalle Disposizioni di vigilanza, poi,

¹⁵⁸ In questo caso trovano applicazione le norme previste al Titolo I, Capitolo 1, Sezione VII delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari, le quali dispongono in merito all'autorizzazione alla prestazione di servizi di investimento. In particolare all'art. 18, comma 3, t.u.f., è prevista la possibilità per gli intermediari finanziari di svolgere professionalmente nei confronti del pubblico, secondo le condizioni stabilite dalla Banca d'Italia e dalla Consob, le attività e i servizi di cui all'art. 1, comma 5, lettere a) e b), ovvero la negoziazione per conto proprio e l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, entrambe limitatamente agli strumenti finanziari derivati, e il servizio di sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente ovvero la medesima attività senza assunzione a fermo o di garanzia verso l'emittente.

¹⁵⁹ Questa dovrà essere corredata della delibera dell'organo con funzioni di supervisione strategica e della relazione illustrativa. Nella delibera, inoltre, dovranno essere indicate le valutazioni di economicità fatte dall'intermediario stesso, avendo cura di analizzare con attenzione i costi che potrebbero derivare dallo svolgimento dell'attività in questione.

¹⁶⁰ La Banca d'Italia dovrà valutare l'idoneità tecnica e organizzativa dell'intermediario a svolgere l'attività oggetto della richiesta di autorizzazione, considerando con attenzione che sia assicurata la sana e prudente gestione dell'intermediario stesso. Naturalmente una volta concessa l'autorizzazione, verranno applicate le disposizioni previste dal Testo unico della finanza e le disposizioni attuative della Banca d'Italia e della Consob.

gli intermediari finanziari possono acquistare immobili di proprietà ad uso strumentale, con carattere di ausiliarità rispetto all'attività finanziaria esercitata.¹⁶¹ Gli intermediari possono, inoltre, sempre secondo le previsioni dell'art. 106, comma 2, t.u.b., svolgere attività connesse o strumentali. Tra le ulteriori attività che gli intermediari possono svolgere rientra anche la prestazione dei servizi di pagamento secondo quanto previsto dalle Disposizioni di vigilanza, al Titolo I, Capitolo 3, Sezione II. Per prestazione di servizi di pagamento si intende l'attività di incasso, pagamento e trasferimento fondi, l'emissione e la gestione di carte di credito e di debito, le quali, a differenza delle prime che comportano un regolamento posticipato della transazione, realizzano un regolamento contestuale della transazione stessa. Dopo l'entrata in vigore del Testo unico bancario, un decreto ministeriale del 13 maggio 1996 aveva evidenziato che l'emissione e la gestione di carte di credito e di debito comportava anche l'iscrizione nell'elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia, dovendosi, però, escludere dal novero delle suddette attività quella di recupero crediti, di trasporto e consegna di valori e di emissione e gestione, da parte di fornitori di beni o servizi, di carte prepagate utilizzabili presso i fornitori stessi.¹⁶² Le novità che sono state introdotte con il decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29, riguardano sostanzialmente l'elenco delle attività incluse o escluse dalla nozione di servizi di pagamento. In particolare sono state escluse la mera distribuzione di carte di debito e di credito e il trasferimento di fondi se «svolto in via strumentale alla propria attività principale, a condizione che il soggetto che effettua tali operazioni non possa disporre per proprio conto dei fondi medesimi».¹⁶³ Per quanto attiene l'emissione e la gestione di carte prepagate, di debito e di credito da parte di fornitori di beni e servizi, tale attività continua ad essere esclusa ma la si considera esclusa anche se, in base ad un accordo commerciale con l'emittente, vi è la possibilità di utilizzazione delle stesse «all'interno di una rete

¹⁶¹ Si considerano, ad esempio, strumentali gli immobili da destinarsi, in tutto o in parte, all'attività istituzionale o ai dipendenti, quelli acquistati per il perseguimento dell'oggetto sociale della società acquirente o di altre componenti del gruppo di appartenenza.

¹⁶² CLEMENTE F., *op. cit.*, pag. 849.

¹⁶³ Art. 5, comma 2, lettera f) del decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29.

limitata di prestatori di tali beni o servizi».¹⁶⁴ Facendo un passo indietro e tornando alle previsioni della legge antiriciclaggio, però, va evidenziato che il cosiddetto Comitato Legge 197/91, nato in seno all'allora Ministro del tesoro, aveva stabilito una certa classificazione delle carte di pagamento, distinguendole tra carte di credito a prevalente diffusione nazionale emesse e gestite da banche o società di emanazione bancaria in via professionale, carte di credito simili alle precedenti ma che abilitavano anche ai prelievi di contante presso sportelli ATM e operazioni su terminali POS,¹⁶⁵ le cosiddette *fidelity cards* la cui emissione e gestione è destinata alla sola commercializzazione di prodotti e servizi offerti dallo stesso soggetto emittente e carte prepagate o di pagamento regolate in via anticipata dall'utilizzatore, emesse e gestite da un fornitore di beni e servizi al fine di promuovere gli stessi. Sulla base di tutto ciò, lo stesso Comitato giunse ad una serie di conclusioni ovvero che i soggetti emittenti le prime due tipologie di carte dovevano iscriversi nell'elenco generale degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b., ma anche nell'elenco speciale di cui all'art. 107 t.u.b. Inoltre, i soggetti emittenti la quarta tipologia di carte, non erano tenuti a nessuna iscrizione in quanto l'attività in questione non costituiva esercizio di attività finanziaria. In merito, poi, alle *fidelity cards*, vi furono alcuni problemi dovuti al fatto che il decreto ministeriale del 27 agosto 1993 aveva imposto il solo obbligo di iscrizione nell'elenco speciale e non anche nell'elenco generale, ma questa posizione non era appoggiata dal suddetto Comitato, il quale non rinveniva nell'esercizio di detta attività alcun elemento a sostegno dell'ipotesi di esonero dall'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. Il Comitato, infatti, non rinveniva differenze tecniche sostanziali, rispetto alla fattispecie di servizi di pagamento al pubblico se non nella diffusione prevalente e nella finalità perseguita, che giustificassero l'esclusione dal novero delle attività finanziarie. Secondo quanto previsto, poi, dal quinto comma dell'art. 11 t.u.b. la raccolta di fondi a vista e ogni altra forma di raccolta è preclusa a soggetti diversi dalle banche qualora essa sia a spendibilità generalizzata, ovvero utilizzabile presso un

¹⁶⁴ Art. 5, comma 2, lettera c) e d) del decreto ministeriale 17 febbraio 2009, n. 29.

¹⁶⁵ In questo caso l'addebito è automatico nel conto corrente ed è il caso dei Bancomat.

insieme di operatori non preventivamente identificati. Secondo alcuni Autori,¹⁶⁶ quindi, questa impostazione comportava l'esclusione dall'iscrizione nell'elenco generale di cui all'art. 106 t.u.b. dei soggetti emittenti *fidelity cards*, soltanto quando queste si presentassero come carte di tipo prepagato e non anche nel caso di carte di credito o di debito. In quest'ultimo caso, infatti, secondo l'autore, non sarebbero state ravvisabili differenze tecniche sostanziali rispetto alla prima tipologia di carte che era stata individuata dal più volte citato Comitato Legge 197/91. Questa esclusione, inoltre, non valeva più soltanto per il caso delle carte prepagate ma anche per le carte di credito e di debito eventualmente emesse e gestite. Come si era già fatto notare in precedenza, si prevedeva l'esclusione dal novero dei servizi di pagamento anche per l'emissione e la gestione di carte qualora si prevedesse, tramite un accordo commerciale con l'emittente, la possibilità di utilizzazione presso una rete limitata di prestatori di beni e servizi identici a quelli del soggetto emittente, con ciò dovendosi intendere, ai sensi della lettera t) dell'art. 1 del decreto ministeriale 29/2009, un «ridotto numero di imprese che può essere chiaramente individuato in base: alla loro ubicazione negli stessi luoghi o in un'area locale circoscritta; allo stretto rapporto finanziario o commerciale con un soggetto in funzione, ad esempio, di un sistema comune di commercializzazione o distribuzione». Con la modifica del Titolo V del Testo unico bancario è stata, poi, prevista la possibilità per gli intermediari finanziari di svolgere l'attività di prestazione di servizi di pagamento, al secondo comma dell'art. 106, solamente se autorizzati ai sensi dell'art. 114-*novies* t.u.b. La suddetta attività, infatti, con l'emanazione del d.lgs. 11/2010, adottato in attuazione della direttiva 2007/64/CE, è attualmente sottoposta a specifica disciplina prevista agli artt. 114-*sexies* ss. t.u.b.

¹⁶⁶ Fra tutti, si veda COLAVOLPE A., *op. cit.*, pag. 1157.

4.1.4.1 Attività connesse e strumentali

Gli intermediari finanziari possono svolgere oltre alle attività di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 106 t.u.b. anche attività connesse e strumentali rispetto alle altre.¹⁶⁷ Per avere una definizione o esemplificazione di cosa si intende per attività connessa o strumentale è necessario consultare le Disposizioni di vigilanza che si occupano della materia alla Sezione III del Titolo I, Capitolo 3. L'attività strumentale è definita come quell'attività che ha carattere ausiliario rispetto a quella esercitata, e si elenca, poi, una serie di attività che sono considerate tali ovvero «studio, ricerca e analisi in materia economica e finanziaria; gestione di immobili ad uso funzionale oppure di immobili acquistati o detenuti per il recupero di crediti in relazione al tempo strettamente necessario per effettuare la cessione; gestione di servizi informatici o di elaborazione dati; formazione e addestramento del personale». Continuando nella consultazione delle disposizioni, si trova la definizione di attività connessa ovvero quell'attività di natura commerciale o finanziaria, non soggetta a riserva, che permette all'intermediario di sviluppare l'attività principale e che, rispetto a quest'ultima, viene svolta in via accessoria. Come nel caso delle attività strumentali, anche qui si trova un elenco esemplificativo delle attività connesse ovvero «servizi di informazione commerciale; consulenza in materia di finanza d'impresa; recupero crediti di terzi; *leasing* operativo». Per quanto attiene il *leasing* operativo, gli intermediari possono svolgere tale attività soltanto al ricorrere di alcune condizioni¹⁶⁸ che sono dettate dalle stesse Disposizioni di vigilanza. Viene fatta, inoltre, una precisazione in merito alla possibilità per gli intermediari di usufruire della locazione di beni di loro proprietà ovvero del noleggio degli stessi a terzi. Queste due possibilità possono essere

¹⁶⁷ CAPRIGLIONE F., *op. cit.*, pag. 1395.

¹⁶⁸ Tale attività è consentita agli intermediari finanziari soltanto se l'acquisto dei beni è effettuato in presenza di contratti già stipulati con la clientela ed è previsto negozialmente il trasferimento in capo ad altri soggetti dei rischi, delle responsabilità e delle obbligazioni accessorie riguardanti la manutenzione e l'assistenza. Deve essere, inoltre, previsto a livello contrattuale l'obbligo di riacquisto del bene da parte del fornitore, qualora al termine del contratto non sia possibile per l'intermediario procedere con altre locazioni dello stesso bene. Quest'ultimo vincolo contrattuale non è necessario qualora la durata dell'operazione sia sostanzialmente coincidente con l'obsolescenza tecnica del bene, calcolata sulla base dell'ammortamento.

classificate come attività di carattere accessorio,¹⁶⁹ secondo le disposizioni, se consentono un miglior sfruttamento dei beni di pertinenza o un più rapido perseguimento dell'oggetto sociale, sempre in coerenza con il principio di esclusività di quest'ultimo. Le differenze rispetto al precedente decreto ministeriale 29/2009 sono minime e riguardano la sola lista esemplificativa che veniva data per le attività connesse ovvero servizi di informazione commerciale e locazione di cassette di sicurezza.

4.2 L'esercizio nei confronti del pubblico

Con la legge antiriciclaggio, il confine tra il primo e il secondo livello di controlli era delimitato, come si era ricordato in precedenza, dall'esercizio delle attività di cui all'art. 4 della legge stessa nei confronti del pubblico¹⁷⁰ o, nel caso delle società che erogavano credito al consumo, anche nell'ambito dei propri soci. Da qui, quindi, nasce l'esigenza di definire il pubblico in maniera univoca e chiara per il mercato finanziario. In ambito bancario, con l'allora legge bancaria all'art. 1, per ricostruire la raccolta del risparmio tra il pubblico venivano utilizzati due diversi criteri, uno di tipo qualitativo, legato al mancato riguardo della persona nel rapporto obbligatorio, e uno di tipo quantitativo, dato dall'indeterminatezza del numero di persone cui ci si riferisce nello svolgimento dell'attività in questione. Le obiezioni in merito all'adozione del criterio qualitativo non mancarono di certo in quanto si riteneva che ricorrendo a tale criterio si

¹⁶⁹ Pertanto, secondo le Disposizioni di vigilanza, è concessa agli intermediari finanziari «la cessione in uso a terzi di capacità elaborative degli impianti EDP di cui un intermediario dispone in eccesso, il noleggio di beni eventualmente inoptati a conclusione di un contratto di *leasing* e la locazione del patrimonio immobiliare posseduto dall'intermediario stesso e rinveniente da situazioni pregresse rispetto all'iscrizione nell'albo previsto dall'art. 106 t.u.b.».

¹⁷⁰ A tal proposito, va ricordato che il carattere pubblico delle attività finanziarie è sempre stato un elemento fondamentale quale *discrimen* per l'applicazione di controlli più rigorosi. Basti pensare alla raccolta del risparmio presso il pubblico per qualificare l'attività bancaria come tale, o nel caso delle società di intermediazione mobiliare, la riserva di attività a loro destinata nel caso di esercizio professionale dell'attività stessa nei confronti del pubblico. COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 281.

corressero dei rischi di ingiustificato ampliamento della nozione di pubblico¹⁷¹ e di fenomeni elusivi,¹⁷² cui si poteva ovviare solamente con il ricorso congiunto ad entrambi i criteri. Per quanto attiene il secondo criterio, invece, esso si riferiva alla vastità ed estensione dell'attività esercitata dall'intermediario stesso. Pertanto, se la finalità della normativa antiriciclaggio era la stabilità del mercato finanziario, di certo questo secondo criterio risultava essere più adatto alla definizione del pubblico, in quanto la rischiosità delle attività finanziarie dipendeva in larga misura dall'estensione della stessa, ovvero dalla sua potenziale diffusione. Alla luce di ciò, quindi, se un'attività era svolta nei confronti del mercato era suscettibile di un maggior livello di controlli. Alcuni Autori¹⁷³ avevano auspicato, all'epoca della legge antiriciclaggio, un intervento da parte dell'autorità di vigilanza nel senso di un'indicazione numerica cui riferirsi per la qualificazione del criterio di vastità ed estensione, unitamente ad altri criteri quali pubblicità o modalità di comunicazione. Nel caso, poi, di attività svolta nei confronti dei soci il problema era stato risolto, con il ricorso al solo criterio quantitativo, guardando alle forme di adesione al contratto societario, ovvero qualora la qualità di socio potesse essere assunta senza discriminazione e fosse acquisibile da un'estesa cerchia di persone si poteva parlare comunque di esercizio dell'attività nei confronti del pubblico. Rimanendo in quest'ambito, le società che erogavano credito al consumo¹⁷⁴ svolgevano secondo la normativa sempre attività verso il pubblico se esercitavano la stessa nei confronti dei propri soci. Con l'entrata in vigore del Testo unico bancario e l'emanazione del più importante decreto ministeriale ovvero quello del 17 febbraio 2009, n. 29, la definizione di attività esercitata nei confronti del

¹⁷¹ COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 282. In questo caso l'Autore si riferisce al caso di una ristretta cerchia di persone, qualora si prescindano dalle caratteristiche personali dei singoli soggetti che vi fanno parte.

¹⁷² COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 282. Per quanto riguarda i possibili fenomeni di elusione, l'Autore riporta l'esempio di un club di grandissime dimensioni, nel quale l'ingresso è legato alle qualità personali dei soci e nel cui ambito si effettui, poi, una raccolta di fondi per qualsivoglia tipo di finanziamento.

¹⁷³ Tra tutti COTTERLI S., *op. cit.*, 1992, pag. 283.

¹⁷⁴ Il credito al consumo è definito, nella circolare del Ministro del tesoro del 26 giugno 1992, n. 1, all'art. 4, come «la concessione nell'esercizio di attività commerciale o professionale di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica, ovvero il consumatore, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta».

pubblico subisce alcune modifiche. In particolare si considera esercitata nei confronti del pubblico l'attività che è svolta verso terzi¹⁷⁵ con carattere di professionalità,¹⁷⁶ ai sensi del comma 9 dell'art. 1 del decreto in oggetto. Con ciò ci si svincola dal ricorso ai concetti di vastità ed estensione cui ci si era riferiti nella precedente legge antiriciclaggio. Per quanto attiene al criterio della professionalità, nulla si dice nel sopra citato decreto ministeriale, come peraltro nemmeno nei precedenti decreti. Si ritiene, dunque, plausibile il ricorso alla definizione di professionalità utilizzata nell'ambito civilistico ai sensi dell'art. 2082 del codice civile, ovvero l'esercizio di un'attività in forma continuativa e stabile, che presenti le caratteristiche della sistematicità e non sia, quindi, meramente occasionale e sporadica. Secondo le previsioni del decreto ministeriale 29/2009, vi sono tre importanti deroghe ai principi generali per l'identificazione del pubblico. La prima è esposta all'art. 9, comma 2 ed esclude la configurazione di esercizio nei confronti del pubblico per le attività svolte verso il gruppo di appartenenza, con ciò intendendosi, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, lettera h), «le società controllanti, controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 codice civile nonché controllate dalla medesima controllante». La seconda deroga si trova, invece, al comma 3 del medesimo articolo e prevede che l'attività di finanziamento attraverso l'acquisto di crediti vantati da terzi nei confronti di società del gruppo medesimo non costituisce esercizio di attività verso il pubblico. La scelta si basa sulla considerazione che tale tipologia di finanziamento mantiene il rischio all'interno del gruppo di appartenenza dell'intermediario di *factoring*, ponendo, però, estrema attenzione alla nozione di gruppo che, rispetto al precedente decreto ministeriale del 6 luglio 1994, ha subito una riduzione.¹⁷⁷ La terza deroga è prevista al comma 5 dello stesso articolo e riguarda l'attività di rilascio di garanzie.¹⁷⁸

¹⁷⁵ A tal proposito va ricordato che per terzo si intende qualsiasi persona fisica o giuridica o associazione non riconosciuta o fondazione che diviene parte, nei confronti dell'intermediario finanziario, del rapporto economico avente ad oggetto l'attività finanziaria.

¹⁷⁶ CAPRIGLIONE F., *op. cit.*, pag. 1388.

¹⁷⁷ Si ricorda, infatti, che il decreto ministeriale 6 luglio 1994 prevedeva, all'art. 5, comma 2, oltre a ciò che è stato poi previsto dal decreto 29/2009, che non configurasse esercizio nei confronti del pubblico l'attività svolta all'interno di un medesimo gruppo.

¹⁷⁸ Si ricorda, in quest'ambito, che con la precedente versione del Testo unico bancario si prevedevano particolari requisiti per gli intermediari che intendevano svolgere l'attività di rilascio

Quest'ultima, secondo le previsioni dell'art. 3, comma 1, lettera f), «è esercitata nei confronti del pubblico quando anche uno solo tra il garantito e il beneficiario della garanzia non faccia parte del gruppo dell'intermediario finanziario», escludendo, però, il caso in cui il garantito faccia parte del gruppo del soggetto garante e il beneficiario sia una banca o un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale. Naturalmente, l'eccezione non opera se il beneficiario della garanzia è un intermediario iscritto nell'elenco generale o nella sezione speciale dello stesso ai sensi dell'art. 113 t.u.b. Con riferimento al precedente decreto ministeriale del 6 luglio 1994 non è stata riproposta la deroga secondo cui, in relazione all'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, non configurava esercizio nei confronti del pubblico l'attività svolta esclusivamente verso soci da parte di società con forma giuridica di cooperativa aventi non più di cinquanta soci. Al contrario, invece, viene ribadito il concetto per cui il credito al consumo è considerato come svolto nei confronti del pubblico se esercitato verso gli stessi soci. Per quanto attiene, poi, l'attività di assunzione di partecipazioni, secondo quanto previsto al comma 6 dell'articolo esaminato, questa si considera come esercitata verso terzi se svolta con carattere di professionalità e se l'assunzione di partecipazioni avviene nell'ambito di un progetto che conduce all'alienazione delle stesse dopo interventi volti alla riorganizzazione aziendale, allo sviluppo produttivo o al soddisfacimento delle esigenze finanziarie delle imprese partecipate anche attraverso il reperimento di capitale di rischio. Proseguendo, poi, nell'analisi di quanto previsto dal decreto ministeriale in oggetto, si nota che quest'ultimo prevede anche una definizione del concetto di «prevalente operatività non nei confronti del pubblico», all'art. 13. Al primo comma si dispone, infatti, che l'esercizio prevalente non nei confronti del pubblico debba essere valutato sulla base dei dati dei bilanci approvati degli ultimi due esercizi chiusi e si abbia quando ricorrono due presupposti ben precisi: «a) l'ammontare complessivo degli elementi dell'attivo di natura finanziaria di cui alle

di garanzie quali l'adozione della forma di società per azioni, un capitale sociale almeno pari 1,5 milioni di euro investito in attività liquide o titoli di pronta liquidabilità depositati in unico conto, mezzi patrimoniali non inferiori a 2,5 milioni di euro, oggetto sociale che prevedesse espressamente l'attività di rilascio di garanzie.

anzidette attività, unitariamente considerate, inclusi gli impegni ad erogare fondi e le garanzie rilasciate, sia superiore al cinquanta per cento del totale dell'attivo patrimoniale, inclusi gli impegni ad erogare fondi e le garanzie rilasciate; b) l'ammontare complessivo dei ricavi prodotti dagli elementi dell'attivo di cui alla precedente lettera a), dei ricavi derivanti da operazioni di intermediazione su valute e delle commissioni attive percepite sulla prestazione dei servizi di pagamento richiamati dall'art. 106, comma 1, t.u.b., sia superiore al cinquanta per cento dei proventi complessivi». Le condizioni appena esposte dovevano ricorrere congiuntamente affinché potesse applicarsi la disciplina di cui all'art. 113 t.u.b., allora vigente.¹⁷⁹ Con la nuova formulazione del Titolo V del Testo unico bancario sono state apportate importanti modifiche alla disciplina in oggetto disponendo che la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma sia attività riservata solo se svolta nei confronti del pubblico, abrogando, quindi, implicitamente l'art. 113 t.u.b. di cui si parlava e rendendone obsoleta la previsione.¹⁸⁰ Come in altri casi, la definizione di esercizio nei confronti del pubblico non viene data direttamente ma è un compito che viene demandato al Ministro dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 106, comma 3 t.u.b. Naturalmente, fino a nuove disposizioni, si intenderanno valide quelle attualmente in vigore ovvero le previsioni del decreto ministeriale del 17 febbraio 2009, n. 29.

¹⁷⁹ Era, poi, prevista un'eccezione per gli intermediari che svolgevano attività di intermediazione in cambi o la prestazione di servizi di pagamento, per i quali era sufficiente il solo ricorrere del requisito di cui alla lettera b).

¹⁸⁰ BERNERI F., GOFFREDO M. A., *op. cit.*, pag. 1495.

CAPITOLO 5

GLI ESPONENTI AZIENDALI E I TITOLARI DI PARTECIPAZIONI

SOMMARIO: 5.1 I requisiti per gli esponenti aziendali – 5.2 Le partecipazioni al capitale degli intermediari finanziari – 5.3 Le partecipazioni detenibili

5.1 I requisiti per gli esponenti aziendali

Il legislatore richiede, per l'ottenimento dell'autorizzazione, il possesso di alcuni particolari requisiti da parte degli esponenti aziendali, ovvero coloro i quali svolgono funzioni di direzione, amministrazione e controllo.¹⁸¹ Essi, infatti, ricoprono un ruolo estremamente delicato all'interno della società per la quale operano, tanto da essere assoggettati ad un regime di obblighi e divieti, nonché a disposizioni restrittive e ad un sistema complesso di sanzioni¹⁸² qualora essi non adempiano ai loro obblighi. Pertanto, sulla base di queste considerazioni, viene loro richiesta oltre ad un'idoneità tecnica anche un'affidabilità morale che trova la sua concretezza nell'estraneità da fenomeni criminali.¹⁸³ Già con la legge antiriciclaggio si era fatto riferimento a questi requisiti, anche se l'applicazione della disciplina in esame non aveva dato i risultati sperati.¹⁸⁴ Nonostante le numerose mutazioni normative, è rimasto fermo, nel corso degli anni, il potere attribuito al Ministro dell'economia e delle finanze di definire tale materia in modo approfondito attraverso un'apposita regolamentazione. Naturalmente, la richiesta di tali particolari requisiti si giustifica nell'ottica di tutela del mercato finanziario e creditizio, già ricordato in precedenza, al fine di garantirne la stabilità e il corretto funzionamento, obiettivi che, come già ricordato in precedenza, costituiscono

¹⁸¹ VALENTINO P., *Soggetti operanti nel settore finanziario*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2000, pag. 455.

¹⁸² RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 105.

¹⁸³ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 106.

¹⁸⁴ È emblematico, infatti, il caso della *Bank of credit and commerce International*, la quale nacque con intenti criminosi ma riuscì a godere per molti anni di ottima reputazione presso le autorità di vigilanza anglosassoni e non.

il fondamento di tutta la disciplina in esame. Prima della riforma del Titolo V, i requisiti richiesti agli esponenti aziendali ovvero professionalità, onorabilità e indipendenza erano disciplinati dall'art. 109 t.u.b., con il quale li si fissava in capo ai soggetti che dovevano svolgere funzioni di direzione, amministrazione e controllo presso gli intermediari finanziari. In particolare, per la definizione dei requisiti di onorabilità e professionalità si doveva far riferimento al decreto dell'allora Ministro del Tesoro del 30 dicembre 1998, n. 516, mentre per quello d'indipendenza, introdotto in un momento successivo con la riforma del diritto societario del 2004, per i soli membri degli organi con funzioni di controllo, ci si riferiva, fino all'emanazione delle disposizioni attuative dell'art. 109 t.u.b., alle previsioni dell'art. 2399¹⁸⁵ del codice civile.¹⁸⁶ Come detto in precedenza, la necessità del possesso dei suddetti requisiti si giustifica alla luce di un obiettivo di stabilità dei mercati e degli intermediari finanziari stessi. Ed è sulla base di questa considerazione che trova fondamento anche l'esenzione dal possesso del requisito della professionalità per gli intermediari che non operano nei confronti del pubblico, in quanto la stabilità ha ripercussioni esterne sui soggetti con i quali l'intermediario intrattiene rapporti.¹⁸⁷ Nella previgente disciplina del t.u.b., era richiamato l'art. 109, il quale attribuiva, appunto, al Ministro dell'economia e delle finanze il potere di determinare, sentita la Banca d'Italia, il contenuto di questi requisiti che erano richiesti a coloro i quali svolgessero funzioni di amministrazione, direzione e controllo. Con riferimento agli intermediari finanziari, il Ministro è intervenuto, appunto, con il decreto ministeriale n. 516, del 30 dicembre

¹⁸⁵ A questo proposito si ricorda che l'articolo in questione prevede che non possano ricoprire le suddette funzioni coloro i quali siano stati dichiarati interdetti, falliti, inabilitati o chi è stato condannato ad una pena che comporti l'interdizione anche temporanea dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi. Inoltre, non sono ritenuti idonei coloro i quali siano legati da parentela entro il quarto grado ad amministratori della società o delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a controllo comune. Sono esclusi anche coloro i quali siano legati alla stessa società da rapporti di lavoro o rapporti continuativi di consulenza o prestazione d'opera retribuita o rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

¹⁸⁶ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 111.

¹⁸⁷ È vero, infatti, che poiché tali intermediari finanziari non operano nei confronti del pubblico le ripercussioni di cui si sta parlando erano ridotte al minimo o pressoché eliminate. Sul tema si veda VALENTINO P., *op. cit.*, pag. 458, ma anche PERASSI M., *Commento sub art. 109*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 865.

1998, recante «Regolamento per la determinazione dei requisiti di professionalità ed onorabilità degli esponenti aziendali degli intermediari finanziari», al fine di garantire la competenza professionale e l'affidabilità dei soggetti che gestiscono la società finanziaria. Nel sistema previgente, era l'UIC l'organo competente alla verifica del possesso dei requisiti, anche quelli soggettivi, sia in fase di iscrizione sia nelle fasi successive. Attualmente, con la soppressione dell'UIC e l'introduzione della nuova disciplina degli intermediari finanziari, tale compito è passato nella sfera di competenza della Banca d'Italia. Nel sistema previgente, l'autorità di vigilanza poteva intervenire unicamente in caso di inerzia da parte del consiglio di amministrazione¹⁸⁸ nella dichiarazione di decadenza dall'ufficio in caso di difetto, anche sopravvenuto, dei requisiti in questione, con solo riferimento agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale.¹⁸⁹ Tale dichiarazione doveva essere fatta dal suddetto organo entro trenta giorni dalla nomina o dalla conoscenza del difetto sopravvenuto, secondo le previsioni dell'art. 109, comma 2, t.u.b. Spettava, inoltre, al regolamento ministeriale definire, secondo le previsioni dell'art. 109, comma 3, t.u.b., i casi di sospensione temporanea dalla carica e la sua durata. A seguito della riforma, invece, il decreto ministeriale cui si fa riferimento è il n. 161 del 18 marzo 1998 predisposto per le banche, ma poi completamente riproposto per gli intermediari finanziari con il decreto ministeriale n. 516 del 30 dicembre 1998. Le Disposizioni di vigilanza, al Titolo II, Capitolo 2, Sezione II, paragrafo 1, prevedono, quindi, che entro il termine di trenta giorni dalla nomina, l'organo amministrativo¹⁹⁰ verifichi la sussistenza dei suddetti requisiti in capo ai soggetti che svolgono le funzioni di amministrazione, direzione e controllo, ai quali spetta, invece, l'obbligo di presentare a detto organo la documentazione comprovante il possesso dei requisiti oggetto di verifica. Le

¹⁸⁸ In alternativa, la dichiarazione di decadenza dall'ufficio doveva essere fatta dal consiglio di sorveglianza o dal consiglio di gestione a seconda del modello societario scelto dall'intermediario finanziario. ROTONDO G., *Commento* sub art. 109, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 872.

¹⁸⁹ Si veda sul tema, PERASSI M., *ult. op. cit.*, pag. 866.

¹⁹⁰ Qualora l'intermediario finanziario adotti quale modello societario il sistema dualistico, spetterà al consiglio di sorveglianza e al consiglio di gestione la verifica della sussistenza dei requisiti in capo ai rispettivi componenti.

Disposizioni di vigilanza prevedono già al loro interno i modelli da compilare per la comprova del possesso dei requisiti nonché i modelli da utilizzare nel caso i soggetti intendano predisporre un'autocertificazione. L'organo amministrativo sarà, poi, responsabile della valutazione della completezza della documentazione fornita dai soggetti, i quali dovranno, naturalmente, astenersi dal giudizio in merito alla loro stessa posizione. Dovrà predisporre, inoltre, una relazione della delibera di tipo analitico che dia conto delle considerazioni alla base della valutazione finale.¹⁹¹ È in capo allo stesso organo amministrativo il potere di dichiarare la decadenza dall'ufficio qualora non siano rispettati i requisiti richiesti, e, in caso di inerzia, tale potere spetta alla Banca d'Italia che nella normativa previgente poteva intervenire solo nel caso di intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale. Come anche per la verifica dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale, la Banca d'Italia ha la possibilità di richiedere tutta o parte della documentazione fornita all'organo amministrativo dai soggetti "valutati". La pronuncia della decadenza da parte della Banca d'Italia può avvenire entro il termine massimo di sessanta giorni dal ricevimento del verbale della riunione dell'organo amministrativo, il quale deve essere trasmesso all'autorità di vigilanza entro sessanta giorni dalla redazione dello stesso. Tale termine di sessanta giorni viene naturalmente interrotto qualora l'autorità di vigilanza richieda ulteriori informazioni all'intermediario finanziario interessato. A seguito di eventuali dichiarazioni di decadenza, naturalmente si dovrà procedere al reintegro delle posizioni scoperte all'interno dell'organo. Oltre alla decadenza, è possibile che venga dichiarata dall'organo amministrativo anche la sospensione dalla carica, qualora si verifichi una delle situazioni descritte nel decreto ministeriale all'art. 6, entro trenta giorni dalla conoscenza delle stesse, dandone immediata comunicazione alla Banca d'Italia. Anche in tal caso, è previsto in capo all'autorità di vigilanza il potere di dichiarare la sospensione in caso di inerzia dell'organo amministrativo, il quale dovrà poi provvedere agli adempimenti previsti dal decreto ministeriale. La sospensione dalla carica naturalmente ha natura precauzionale, in quanto esonera

¹⁹¹ Si veda a tal proposito il Titolo II, Capitolo 2, Sezione II delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari.

temporaneamente dall'esercizio delle funzioni in oggetto i soggetti sospettati ma non ancora condannati definitivamente. Essa trova, quindi, giustificazione in un'esigenza di tutela del buon funzionamento, ovvero della sana e prudente gestione, dell'intermediario stesso e della stabilità del mercato finanziario in generale. Ciò che può comportare la dichiarazione di sospensione dalla carica è ad esempio, la condanna con sentenza non definitiva a particolari reati indicati all'art. 6, comma 1, lettera a) del decreto o l'applicazione di una misura cautelare di tipo personale.¹⁹² A partire dalla sospensione è poi possibile dichiarare la revoca dalla carica del soggetto in questione. Nel caso del direttore generale nominato dal consiglio di amministrazione, la sospensione non può durare più di quarantacinque giorni, trascorsi i quali si deve obbligatoriamente decidere circa l'eventuale revoca, ad eccezione dei casi di applicazione di misure provvisorie.¹⁹³ Analizzando in maniera più approfondita il decreto ministeriale cui ci si riferisce nelle Disposizioni di vigilanza, è chiaro il tentativo di rendere gli intermediari finanziari dei soggetti operanti nel mercato finanziario *near banks*, essendo tale decreto predisposto per le banche. Proseguendo nell'analisi dei requisiti, quello della professionalità richiesto ai membri degli organi di controllo è immediato e di semplice valutazione in quanto è sufficiente che essi siano iscritti nel registro dei revisori contabili. Per quanto riguarda, invece, coloro che svolgono funzioni di direzione o amministrazione, il quadro risulta più ampio. È necessario, infatti, che tali soggetti abbiano maturato per un periodo almeno pari ad un triennio delle esperienze quali, ad esempio, attività di amministrazione e controllo o compiti direttivi presso imprese, attività professionali nel settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all'attività finanziaria, attività

¹⁹² Nel dettaglio l'art. 6 del decreto ministeriale in oggetto detta un elenco delle situazioni al ricorrere delle quali si incorre nella sospensione temporanea dalla carica, ovvero la condanna con sentenza non definitiva per uno dei reati contemplati fra quelli che comportano la non onorabilità all'art. 5, comma 1, lettera c) del medesimo decreto ministeriale, l'applicazione su richiesta delle parti di una delle pene di cui all'art. 5, comma 2, con sentenza non definitiva, l'applicazione provvisoria di una delle misure previste dall'art. 10, comma 3 della legge 31 maggio 1965, n. 575, da ultimo sostituito dall'art. 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55, e successive modificazioni e integrazioni o, appunto, l'applicazione di una misura cautelare di tipo personale.

¹⁹³ La medesima previsione era presente anche nella disciplina previgente. Si veda a tal proposito ROTONDO G., *ult. op. cit.*, pag. 872.

d'insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche.¹⁹⁴ In merito al periodo di maturazione delle esperienze vi sono delle eccezioni per il direttore generale, l'amministratore delegato e il presidente del consiglio di amministrazione i quali devono aver svolto le attività di cui all'art. 6, comma 1 del decreto per un periodo almeno pari ad un quinquennio.¹⁹⁵ Naturalmente, vi sono delle situazioni impeditive dell'assunzione della carica, ovvero l'aver svolto, nei due esercizi antecedenti,¹⁹⁶ funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso società sottoposte a fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria o procedure equiparate, con durata di tre anni dall'adozione del provvedimento. Per quanto riguarda i requisiti di onorabilità, invece, le cariche in questione non possono essere ricoperte da soggetti che si trovino in situazioni di ineleggibilità o decadenza previste all'art. 2382¹⁹⁷ del codice civile, o siano stati condannati con sentenza irrevocabile alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per qualsiasi delitto non colposo, alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, la fede pubblica, l'ordine pubblico, l'economia pubblica, il patrimonio e in materia tributaria, o alla pena detentiva per un reato previsto dalle norme dell'attività bancaria, finanziaria o assicurativa.¹⁹⁸ Per quanto riguarda il

¹⁹⁴ Oltre a tali esperienze, è considerato meritevole di tutela anche l'aver ricoperto funzioni di amministrazione o direzione presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo ovvero presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con tali settori purché tali funzioni comportino la gestione di risorse economico-finanziarie.

¹⁹⁵ A tal proposito, si ricorda che già la legge antiriciclaggio prevedeva delle limitazioni all'assunzione delle cariche in questione a chi avesse maturato un'adeguata esperienza similari a quelle previste dalla normativa attuale per uno o più periodi complessivamente non inferiori a tre anni. Si richiedeva, inoltre, all'art. 6 della legge in oggetto, che almeno uno dei sindaci effettivi ed uno dei sindaci supplenti fossero iscritti nell'albo dei ragionieri o dei dottori commercialisti o nel ruolo dei revisori ufficiali dei conti.

¹⁹⁶ È lo stesso decreto ministeriale, all'art. 4, comma 1, a specificare che eventuali frazioni di esercizio superiori a sei mesi sono considerate equivalenti ad un esercizio intero.

¹⁹⁷ L'art. 2382 del codice civile prevede, infatti, che non possano ricoprire le suddette cariche coloro i quali siano stati dichiarati interdetti, falliti, inabilitati o condannati a pene che comportino l'interdizione dai pubblici uffici o l'incapacità di esercitare uffici direttivi. Tale articolo, come si vedrà successivamente non trova applicazione nel caso dei requisiti di onorabilità per i partecipanti al capitale sociale.

¹⁹⁸ Oltre alle situazioni già descritte, l'art. 5, comma 1 del decreto ministeriale in oggetto ne elenca altre quali l'essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni e integrazioni, salvi gli effetti della riabilitazione, l'essere stati condannati con

requisito dell'indipendenza, invece, è necessario fare riferimento al codice civile. Tale requisito è stato inserito tra quelli richiesti agli esponenti aziendali, non solo degli intermediari finanziari, con la riforma del diritto societario avvenuta nel 2004. Pertanto, nel decreto ministeriale cui si sta facendo riferimento non è possibile trovare alcuna definizione. Le Disposizioni di vigilanza, infatti, rimandano al solo art. 26 t.u.b., il quale a sua volta prevede, per il requisito dell'indipendenza, soltanto l'applicazione del secondo comma del medesimo articolo relativamente al difetto del requisito stesso. Va, peraltro, sottolineato che almeno in ambito bancario, si applica l'art. 2387 del codice civile il quale prevede che lo statuto possa subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza anche eventualmente previsti da codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati.¹⁹⁹ Ciò che va sottolineato dell'art. 26 t.u.b. cui si rimanda è il comma 2-*bis*, il quale prevede che, in difetto dei requisiti di indipendenza stabiliti dal codice civile o dallo statuto, trovi applicazione il secondo comma del medesimo articolo. Quest'ultimo prevede che il difetto dei requisiti sia causa di decadenza.

5.2 Le partecipazioni al capitale degli intermediari finanziari

La necessità di disciplinare la partecipazione al capitale sociale degli intermediari finanziari nasce dall'esigenza di contrastare la possibilità che gli azionisti rilevanti possano esercitare i loro poteri in pregiudizio della sana e prudente gestione dell'intermediario stesso e dell'eventuale capogruppo.²⁰⁰ Per tale motivo, è previsto in capo alla Banca d'Italia un obbligo di verifica della situazione finanziaria dei soggetti che intendono detenere anche indirettamente partecipazioni qualificate negli

sentenza irrevocabile alla reclusione per uno dei delitti previsti nel Titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267.

¹⁹⁹ Tale norma si applica, poi, anche al consiglio di gestione nel caso dell'adozione del sistema dualistico e al consiglio di amministrazione nel caso di sistema monistico.

²⁰⁰ VALENTINO P., *op. cit.*, pag. 457. Sul tema anche PERASSI M., *Commento sub art. 108*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 859 ss.

intermediari, nonché la correttezza nelle relazioni d'affari e la loro affidabilità. La disciplina che ne deriva risulta imperniata sulle disposizioni della direttiva comunitaria 2007/44/CE, la quale detta le regole e i criteri per la valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni nel settore finanziario per le banche, le imprese di investimento, le imprese di assicurazione e riassicurazione. Iniziando nell'analisi della disciplina per gli intermediari finanziari, va detto innanzitutto che è prevista un'autorizzazione preventiva rilasciata dalla Banca d'Italia. Ed è questa la principale differenza rispetto alla normativa previgente che prevedeva solamente, oltre al possesso dei requisiti di onorabilità da comprovare da parte del soggetto che intendeva acquisire le partecipazioni, un obbligo di comunicazione nei confronti dell'UIC, ovvero della Banca d'Italia per gli intermediari iscritti nell'elenco speciale.²⁰¹ La richiesta di autorizzazione, con la nuova disciplina, deve essere presentata dai soggetti che intendono acquisire partecipazioni dirette o indirette al capitale sociale che, unitamente a quelle già eventualmente possedute, comportino il possesso di una partecipazione superiore al dieci per cento ovvero al venti, trenta, cinquanta per cento del capitale o dei diritti di voto ovvero comportino la possibilità di esercitare un'influenza notevole²⁰² o il controllo, in tal caso indipendentemente dall'entità della partecipazione. La nozione di controllo è specificata nei decreti ministeriali di riferimento con rimando all'art. 23 t.u.b., secondo il quale il controllo

²⁰¹ Se si guarda, infatti, il contenuto dell'art. 110 t.u.b. unitamente a quello dell'art. 108 t.u.b. si può immediatamente notare la differenza rispetto all'attuale normativa vigente. È vero, infatti, che ad oggi l'art. 106 t.u.b. prevede tra i requisiti necessari per l'ottenimento dell'autorizzazione il possesso dei requisiti di onorabilità in capo ai soggetti che sono titolari di partecipazioni ai sensi dell'art. 19 t.u.b. Quest'ultimo articolo prevede l'autorizzazione in ambito bancario per la detenzione di partecipazioni che superino soglie determinate dalla stessa autorità di vigilanza.

²⁰² Secondo le Disposizioni di vigilanza, al Titolo II, Capitolo 1, Sezione II, paragrafo 1, l'autorità di vigilanza dovrà valutare caso per caso le ipotesi di influenza notevole, con la possibilità di far riferimento ad alcuni indici quali il potere di designare uno o più componenti dell'organo di supervisione strategica o di gestione, il potere di condizionare le scelte strategiche della società o la possibilità di esercitare poteri che normalmente deriverebbero da una partecipazione per la quale è richiesta la preventiva autorizzazione. In particolare, all'art. 4, comma 2 del decreto d'urgenza n. 675 emanato dal Ministro dell'economia e delle finanze in qualità di presidente del CICR in data 27 luglio 2011, l'influenza notevole è definita come «il potere di partecipare alla determinazione delle politiche finanziarie e operative dell'impresa partecipata, senza averne il controllo, anche se la partecipazione attribuisce una percentuale di diritti di voto inferiore a quella presa in considerazione ai fini degli obblighi autorizzativi imposti dalla Banca d'Italia».

sussiste qualora si sia in presenza di contratti o clausole che abbiano ad oggetto o come effetto il potere di esercitare attività di direzione e coordinamento e qualora si sia in presenza delle casistiche previste all'art. 2359, commi 1 e 2 del codice civile.²⁰³ L'art. 23 t.u.b. considera al secondo comma alcune particolari situazioni in cui il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salva prova contraria. In particolare, ciò si attua qualora si sia in presenza di accordi che consentono ad un soggetto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero di disporre da solo della maggioranza dei voti esercitabili nelle materie indicate agli artt. 2364 e 2364-*bis* del codice civile.²⁰⁴ Le altre situazioni che comportano il controllo nella forma dell'influenza dominante sono, poi, il possesso di partecipazioni che consentono la nomina e la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza, nonché la sussistenza di rapporti tra soci di carattere finanziario ed organizzativo atti, ad esempio, alla trasmissione degli utili e delle perdite. Inoltre, anche l'assoggettamento a direzione comune presuppone l'esistenza del controllo come influenza dominante. La Sezione II del Titolo II, Capitolo 1, al paragrafo 1, prende, poi, in considerazione diverse ipotesi²⁰⁵ che potrebbero comportare difficoltà nel computo delle soglie di cui si è già detto. Vengono, ad esempio, escluse da tale computo le partecipazioni acquisite da banche o imprese di investimento autorizzate a svolgere il servizio di negoziazione in conto proprio qualora agiscano in qualità di *market maker*²⁰⁶ a condizione che non

²⁰³ In particolare, l'articolo in oggetto considera come società controllate le società in cui un'altra dispone della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria, le società in cui un'altra dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante, le società che si trovano in una situazione di influenza dominante per effetto di vincoli contrattuali.

²⁰⁴ Gli articoli in oggetto elencano una serie di materie delle quali si delibera nell'assemblea ordinaria, rispettivamente, di società prive e con consiglio di sorveglianza.

²⁰⁵ Inoltre, si specifica nella medesima Sezione che i diritti di voto devono essere calcolati con riferimento alle azioni che conferiscono tali diritti anche nel caso il loro esercizio sia stato sospeso. Nel caso di diverse categorie di azioni, il calcolo deve essere effettuato con riferimento ad ogni particolare categoria. Rimangono escluse dal computo le partecipazioni acquisite da banche o imprese di investimento in esecuzione del servizio di sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo o di garanzia nei confronti dell'emittente a condizione che i relativi diritti di voto non vengano esercitati o utilizzati per influenzare la gestione dell'emittente e vengano ceduti entro un anno dall'acquisizione.

²⁰⁶ Il *market maker* è un operatore di mercato di solito associato a qualche grande ente creditizio o bancario, ma non necessariamente, che si impegna a immettere sul *book* ordini di

intervengano nella gestione dell'intermediario finanziario e non esercitino alcuna influenza sullo stesso. La richiesta di autorizzazione, poi, deve essere presentata anche da soggetti diversi da colui che detiene le partecipazioni qualora ricorrano determinate condizioni. In particolare, il soggetto al quale sono attribuiti i diritti di voto, diverso dal detentore delle partecipazioni, deve richiedere la suddetta autorizzazione se «i diritti di voto spettano in base ad un accordo che prevede il trasferimento provvisorio e retribuito di tali diritti di voto; i diritti di voto spettano in qualità di depositario, purché essi possano essere esercitati discrezionalmente, in assenza di istruzioni specifiche da parte dell'azionista; i diritti di voto spettano in qualità di creditore pignoratizio o usufruttuario o cessionario in garanzia; i diritti di voto spettano in virtù di una delega, purché essi possano essere esercitati discrezionalmente in assenza di istruzioni specifiche da parte del delegante».²⁰⁷ La richiesta di autorizzazione non deve essere presentata, invece, dai soggetti che controllano banche o intermediari finanziari o società finanziarie capogruppo di gruppi bancari o finanziari, anche per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona, qualora i soggetti controllati intendano acquisire o aumentare la partecipazione in un intermediario finanziario. Saranno tenuti alla presentazione della richiesta solamente i soggetti controllati che intendono acquisire la partecipazione in oggetto. A prescindere dalle casistiche più particolari, la Banca d'Italia si pronuncerà in merito alla richiesta di autorizzazione²⁰⁸ entro sessanta giorni dal ricevimento della stessa. L'autorizzazione deve essere richiesta anche qualora siano state poste in essere operazioni che comportino un impegno irrevocabile all'acquisto di partecipazioni qualificate in un intermediario finanziario, quali, ad esempio, la promozione di OPA o OPS, secondo quanto previsto al paragrafo 4 della medesima Sezione. Qualora non si dia corso alla richiesta o questa venga respinta, l'operazione non può avere luogo. Il progetto di

acquisto e di vendita su vari livelli di prezzo. Il *market maker* svolge la propria attività su un paniere di titoli, il numero dipende solo dalle capacità gestionali soggettive e dagli accordi presi con il mercato e la compagnia presente sul listino.

²⁰⁷ Si veda a tal proposito la Sezione II, paragrafo 1, del Titolo II, Capitolo 1, delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari.

²⁰⁸ L'istanza di autorizzazione, oltre alle generalità dell'acquirente e dell'intermediario finanziario di cui si intende acquisire la partecipazione, dovrà contenere anche le eventuali modifiche al programma di attività che l'acquisizione potrebbe comportare.

acquisizione, che deve essere presentato unitamente all'istanza di autorizzazione, verrà valutato dall'autorità di vigilanza sulla base di una serie di criteri, di cui si era già accennato in precedenza, elencati al paragrafo 5, quali la solidità finanziaria²⁰⁹ dell'acquirente, la possibilità di influenzare la gestione dell'intermediario partecipato e la garanzia del mantenimento della sana e prudente gestione²¹⁰ dell'intermediario stesso. In particolare, si richiede, al paragrafo 6.1, che coloro i quali intendono acquisire partecipazioni qualificate in un intermediario finanziario siano dotati dei requisiti di onorabilità di cui all'art. 25 t.u.b. Come da prassi, l'individuazione dei requisiti di onorabilità è lasciata al Ministro dell'economia e delle finanze, il quale vi provvede con apposito regolamento secondo le disposizioni di cui al comma 1 del suddetto articolo.²¹¹ Nelle Disposizioni di vigilanza è indicata tutta la documentazione²¹² che il candidato acquirente deve presentare a comprova del requisito di onorabilità e della sua qualità e solidità finanziaria. Tale documentazione dovrà, invece, essere presentata anche dal soggetto che si trova al vertice della catena partecipativa nel caso di acquisizione di partecipazione indiretta, oltre a colui che acquisirà direttamente la partecipazione stessa, qualora vengano superate le soglie autorizzative. Le Disposizioni di vigilanza tengono anche in considerazione la possibilità che la partecipazione venga acquisita da una società o da un ente, nel qual caso i requisiti di onorabilità dovranno essere posseduti da ogni membro del consiglio

²⁰⁹ La solidità finanziaria viene valutata sulla base del tipo di attività esercitata ma anche quella prevista dall'intermediario cui si riferisce il progetto di acquisizione.

²¹⁰ In particolare, dovrà essere considerata con attenzione la possibilità che l'acquisizione della partecipazione non sottenda un'operazione di riciclaggio di denaro proveniente da fatti illeciti o di finanziamento del terrorismo. Deve essere valutata anche la capacità dell'intermediario di rispettare le Disposizioni di vigilanza.

²¹¹ Va evidenziato che l'attribuzione del potere di determinare con decreto il contenuto dei requisiti non è stata sempre pacifica in quanto vi erano dubbi sulla legittimità di tale scelta del legislatore. È vero, infatti, che tali regolamenti possono essere emanati, ai sensi dell'art. 17 della legge 400/1988, solamente sulla base di un'espressa previsione normativa che, oltre ad autorizzare l'autorità in questione a emanare la normativa secondaria, deve fissare anche i principi entro i quali i poteri dell'autorità possono essere esercitati. E questa previsione nel caso di specie manca, lasciando al Ministro dell'economia e delle finanze ampia libertà di determinazione, con una possibile violazione del principio di legalità, secondo alcuni Autori tra cui MAZZINI F., *Commento sub art. 25*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. E SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 250.

²¹² È prevista, inoltre, la possibilità per il soggetto che intende acquisire la partecipazione di presentare delle autocertificazioni sulla base del modello che viene presentato nelle stesse Disposizioni di vigilanza all'Allegato D del Titolo II, Capitolo 1.

di amministrazione, e nel caso venga adottato il modello dualistico anche dal consiglio di sorveglianza se a questo sono affidate funzioni di supervisione strategica. I requisiti dovranno essere posseduti anche dal direttore generale o da coloro i quali ricoprono cariche equivalenti. In tal caso la verifica dei requisiti dovrà essere effettuata dall'organo amministrativo della società stessa, cui è rimessa la responsabilità della valutazione, il quale dovrà, poi, trasmettere il verbale della delibera all'autorità di vigilanza. In considerazione delle ragioni per cui viene richiesto il possesso dei requisiti di onorabilità, si spiega anche l'esigenza di verificare il possesso degli stessi tutte le volte in cui gli organi e i soggetti interessati dalla disciplina cambino o subentrino nella struttura societaria. Le Disposizioni di vigilanza prevedono, poi, l'esclusione di alcuni soggetti dalla presentazione della documentazione di cui sopra. Tali soggetti sono, ad esempio, gli enti pubblici anche economici, le società cui è già richiesto loro il possesso di tali requisiti in base ad un'altra disciplina, le fondazioni bancarie. Come previsto anche dall'art. 25, comma 3 t.u.b., in mancanza dei requisiti di onorabilità non possono essere esercitati i diritti di voto, o comunque i diritti che consentono di influire sulla società stessa, relativi alle partecipazioni eccedenti il limite del dieci per cento o che consentono di esercitare un'influenza notevole. Nel caso di partecipazione di controllo, il divieto, invece, è esteso all'intera partecipazione. L'autorità di vigilanza può sospendere o revocare l'autorizzazione in ogni momento qualora vengano meno le condizioni che hanno portato alla sua concessione, con la conseguente sospensione dei diritti di voto connessi alla partecipazione in oggetto, con comunicazione al soggetto partecipante e all'intermediario partecipato. Alla sospensione o alla revoca, secondo le previsioni inserite al paragrafo 7, si procede solo dopo che il soggetto partecipante non abbia assicurato il ripristino delle condizioni e dei requisiti che sono venuti meno nel più breve tempo possibile. Parlando di partecipazioni qualificate, è necessario anche considerare gli obblighi di comunicazione²¹³ cui sono tenuti i soggetti che possiedono le partecipazioni in oggetto, disciplinati al Titolo II, Capitolo 1, Sezione III delle Disposizioni di vigilanza.

²¹³ Sul tema, con riferimento alla disciplina previgente, VALENTINO P., *op. cit.*, pag. 460.

In particolare, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni,²¹⁴ i soggetti partecipanti direttamente o indirettamente sono tenuti a comunicare alla Banca d'Italia e all'intermediario partecipato l'ammontare della partecipazione qualora si sia dato luogo al perfezionamento di un'operazione che richiede l'autorizzazione di cui si è parlato, alla riduzione della partecipazione al di sotto delle soglie previste dalle stesse Disposizioni di vigilanza ovvero non si sia conclusa l'operazione per cui si era richiesta preventivamente l'autorizzazione. Come previsto anche in ambito bancario all'art. 20, comma 2, t.u.b., sono oggetto di comunicazione alla Banca d'Italia gli accordi da cui possono derivare esercizi concertati del voto nell'assemblea dell'intermediario o della società che lo controlla.²¹⁵ In linea con le previsioni per le banche, la Banca d'Italia può richiedere altresì informazioni all'intermediario per verificare l'effettiva osservanza degli obblighi di comunicazione. La comunicazione relativa all'accordo di voto²¹⁶ deve essere inviata alla Banca d'Italia entro cinque giorni dalla stipula dello stesso da parte dei partecipanti o del soggetto a ciò delegato. Anche nel caso degli accordi di voto, al paragrafo 2 della suddetta Sezione, l'autorità di vigilanza è tenuta ad esercitare il proprio potere avuto riguardo della sana e prudente gestione dell'intermediario stesso. In tal senso, infatti, la Banca d'Italia può sospendere i diritti di voto di coloro i quali partecipano all'accordo qualora questo possa pregiudicare le politiche gestionali dell'intermediario. Oltre alle predette comunicazioni, l'intermediario è tenuto a segnalare annualmente l'elenco dei soci che possiedono più del cinque per cento delle azioni con diritto di voto, con riferimento alla data di approvazione del bilancio, entro trenta giorni dalla stessa. Attualmente, il

²¹⁴ Qualora si tratti di intermediari finanziari di nuova costituzione, le comunicazioni in oggetto dovranno essere fatte pervenire entro dieci giorni dall'iscrizione nel relativo albo.

²¹⁵ Ciò non era, invece, previsto nella disciplina previgente degli intermediari finanziari non bancari. Si veda, a tal proposito, ROTONDO G., *Commento sub art. 110*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 874. Nella disciplina previgente non era previsto, inoltre, alcun obbligo di comunicazione in relazione ai titolari di partecipazioni inferiori alla soglia imposta dall'autorità di vigilanza, e non si prevedeva nessun potere di richiesta di informazioni in capo alla stessa autorità, diversamente da quanto vigente in ambito bancario all'art. 21 t.u.b. ad oggi, con le nuove Disposizioni di vigilanza, nulla si dice in merito a tale potere della Banca d'Italia.

²¹⁶ Qualora l'accordo non sia stipulato in forma scritta, la comunicazione deve essere inviata entro cinque giorni dall'accertamento della sua esistenza.

regolamento cui si fa riferimento per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale è il n. 144 emanato dall'attuale Ministro dell'economia e delle finanze in data 18 marzo 1998, recante «Norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante». Secondo quanto previsto dalle Disposizioni di vigilanza, ci si riferisce anche al decreto d'urgenza n. 675 emanato dalla medesima autorità in qualità di presidente del CICR in data 27 luglio 2011 recante «Disciplina delle partecipazioni in banche, società capogruppo, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento». In precedenza, il decreto ministeriale cui si faceva riferimento per l'individuazione del requisito in questione era il n. 517 emanato dall'attuale Ministro dell'economia e delle finanze in data 30 dicembre 1998. In particolare la soglia che si prevedeva per la verifica del requisito di onorabilità era fissata al cinque per cento del capitale rappresentato da azioni con diritto di voto in un intermediario finanziario. La volontà di allineare la normativa degli intermediari finanziari a quella prevista per le banche è evidente se si pensa al rimando all'art. 25 t.u.b. Infatti, in tema di impugnazione della delibera presa con il voto determinante delle partecipazioni per le quali i diritti di voto non potevano essere esercitati a causa della mancanza dei requisiti di onorabilità, la precedente disciplina prevedeva all'art. 108 t.u.b. che, oltre all'adozione delle norme previste dal codice civile, essa era obbligatoria per i soggetti che svolgevano funzioni di amministrazione e controllo.²¹⁷ Era previsto, inoltre, al

²¹⁷ Peraltro, la previsione di tale obbligo non era allineata alla previsione di alcuna sanzione specifica. In caso di violazione del suddetto obbligo, quindi, si poteva prospettare l'applicazione degli articoli 2393 e 2407 del codice civile, rispettivamente in tema di azione di responsabilità sociale verso amministratori e sindaci e la loro responsabilità. Sul tema si veda PERASSI M., *ult. op. cit.*, pag. 862. In ogni caso, tale rimedio non risultava efficace in quanto non valido verso la deliberazione oggetto della mancata impugnazione, ma soltanto verso il singolo membro del consiglio di amministrazione o del collegio sindacale. Nei casi più gravi di reiterata inosservanza della disposizione, il Ministro dell'economia e delle finanze poteva adottare il provvedimento di cancellazione dall'elenco generale, secondo il disposto dell'art. 111, comma 1, t.u.b., obbligando di conseguenza gli amministratori, entro due mesi dalla comunicazione del provvedimento, alla convocazione dell'assemblea per deliberare circa un'eventuale modifica dell'oggetto sociale, l'adozione di eventuali iniziative in conseguenza della cancellazione o deliberare la liquidazione volontaria della società. Per quanto riguardava, invece, gli intermediari finanziari autorizzati all'esercizio di servizi di investimento o che avessero acquisito fondi con obbligo di rimborso per importi superiori al patrimonio, era altresì prospettabile l'adozione dei provvedimenti di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa, previa, naturalmente,

comma 3 dell'art. 108 t.u.b., un obbligo di alienazione entro i termini previsti dalla Banca d'Italia per le partecipazioni possedute in mancanza dei requisiti di onorabilità per i soli intermediari iscritti nell'elenco speciale. Con la nuova disciplina, invece, che ha portato all'eliminazione degli elenchi e all'istituzione di un unico albo, tale obbligo di alienazione è esteso automaticamente a tutti gli intermediari finanziari. Per quanto attiene, invece, l'impugnazione della delibera, con la riforma della normativa si suppone applicato interamente il dettato dell'art. 25 t.u.b., non essendovi alcun esplicito riferimento nelle disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia ad altri articoli o previsioni diverse. La diversità sta nel fatto che ora il potere di impugnazione della delibera è previsto anche in capo alla Banca d'Italia entro i termini dettati dallo stesso articolo.²¹⁸ Naturalmente, l'impugnazione può, e poteva, essere proposta solamente per il fatto che hanno preso parte al voto soggetti che non potevano essere considerati onorabili e che detenevano tali partecipazioni. L'impugnazione, quindi, poteva essere proposta, secondo la normativa previgente, dal singolo amministratore o sindaco, anche difformemente dalle decisioni dell'organo collegiale.²¹⁹ La prima differenza rispetto alla disciplina prevista in ambito bancario riguarda le previsioni del potere di impugnazione da parte dell'autorità di vigilanza, ovvero della Banca d'Italia. Tale potere, infatti, nella disciplina degli intermediari finanziari non era previsto, diversamente da quanto disposto, invece, all'art. 25 t.u.b. per le banche. Tale potere era previsto, però, in una accezione leggermente diversa in quanto all'art. 110 t.u.b. in materia di obblighi di comunicazione si prevedeva la possibilità per la Banca d'Italia di impugnare le delibere assembleari prese con voto determinante delle partecipazioni per le quali erano state omesse le comunicazioni

valutazione discrezionale dell'allora Ministro del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia, in merito alla gravità della violazione. Sullo stesso argomento, si veda anche ROTONDO G., *Commento sub art. 108*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 867.

²¹⁸ L'art. 25 t.u.b. prevede che l'impugnazione possa essere «proposta entro centottanta giorni dalla data della deliberazione ovvero, se questa è soggetta a iscrizione nel registro delle imprese, entro centottanta giorni dall'iscrizione o, se è soggetta solo a deposito presso l'ufficio del registro delle imprese, entro centottanta giorni dalla data di questo».

²¹⁹ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 109. Spettava al presidente dell'assemblea dei soci ammettere o meno al voto i soggetti che erano tenuti a comprovare il possesso dei requisiti di onorabilità.

disposte dal comma 1 del medesimo articolo²²⁰, entro gli stessi termini previsti dall'art. 25 t.u.b. Tale potere in capo all'autorità di vigilanza poteva essere esperito nei soli confronti degli intermediari iscritti nell'elenco speciale. A tal proposito, alcuni Autori²²¹ hanno sollevato la questione circa la mancata previsione di un potere simile anche in capo all'UIC da esperire nei confronti degli intermediari da esso vigilati. Secondo gli stessi Autori, poi, non è chiara la *ratio* della previsione del potere di impugnativa in capo all'autorità di vigilanza in quanto la stessa non ha funzioni di salvaguardia della legalità e non vi è, quindi, la necessità di attribuirle un compito di supervisore del rispetto della legge. La Banca d'Italia, infatti, ha l'obiettivo di tutelare il risparmio bancario. Pertanto, solo nel momento in cui questa tutela può venir meno essa dovrebbe essere legittimata a intervenire anche attraverso l'impugnazione delle delibere sociali, non invece, secondo gli Autori, in un semplice caso di omessa comunicazione. La conclusione degli Autori va nella direzione di considerare l'impugnativa della delibera da parte dell'autorità di vigilanza nei casi specificati come un potere, quale è definito anche dalla stessa norma che lo sancisce, e non come un atto dovuto. Un'ulteriore differenza rispetto alla normativa prevista in ambito bancario, almeno per la disciplina previgente, era data dalla previsione del parere obbligatorio ma non vincolante, affiancato a quello della Banca d'Italia, dell'UIC: norma che risulta, però, abrogata a seguito della soppressione dello stesso organo.

Per quanto attiene la definizione di soggetto onorabile, ci si riferisce al decreto ministeriale n. 144, già ricordato in precedenza, emanato il 18 marzo 1998,²²² il quale, all'art. 1, comma 1, elenca una serie di situazioni impeditive. La definizione ha, quindi, un'accezione negativa, essendo soggetti onorabili coloro i quali non sono caratterizzati da determinate peculiarità patologiche che impediscono di esercitare i diritti di voto e di detenere le partecipazioni che li conferiscono. Anche in questo caso

²²⁰ Sul tema, CRISCUOLO L., *Commento sub art. 110*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 871, ma anche ROTONDO G., *Commento sub art. 110, op. cit.*, pag. 875.

²²¹ Tra tutti RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 118.

²²² Con riferimento alla disciplina previgente, invece, il decreto ministeriale cui ci si atteva era il n. 517 del 30 dicembre 1998, il quale ricorreva alla medesima definizione di soggetti onorabili.

è evidente il tentativo di allineamento con la disciplina bancaria in quanto il decreto ministeriale cui ci si riferisce ha come soggetto le banche ed è stato completamente ripreso anche per gli intermediari finanziari con il decreto n. 517 del 30 dicembre 1998. Le situazioni che impediscono la detenzione della partecipazione e la mancata possibilità di esercizio dei diritti di voto sono, ad esempio, la condanna con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti di una eventuale riabilitazione, alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo, alla reclusione per un tempo non inferiore ad un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, il patrimonio, l'ordine pubblico, l'economia pubblica o un delitto in materia tributaria.²²³ In ogni caso, tali situazioni non devono ricorrere, come già ricordato in precedenza, in capo ai soggetti che detengono il controllo dell'intermediario finanziario a prescindere dall'entità della partecipazione posseduta dagli stessi, secondo quanto previsto, al comma 2 dell'articolo in oggetto.

5.3 Le partecipazioni detenibili

Nel parlare di assetto proprietario, è opportuno considerare anche il caso della detenzione diretta o indiretta di partecipazioni da parte dell'intermediario finanziario. La riforma della disciplina degli intermediari finanziari ha comportato, tra le altre cose, la liberalizzazione dell'attività di assunzione di partecipazioni che non rientra più tra quelle riservate del vecchio art. 106 t.u.b., a causa della scarsa rilevanza sistemica derivante dallo svolgimento di tale attività. Il problema che sorge, però, è dato dal fatto che tale attività potrebbe essere svolta da intermediari che erogano,

²²³ Anche in tal caso, il decreto ministeriale prevede ulteriori situazioni impeditive all'incarico quali la condanna con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione, a pena detentiva per un tempo non inferiore a sei mesi per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari e di strumenti di pagamento e alla reclusione per un tempo non inferiore a sei mesi per uno dei delitti previsti nel Titolo XI del libro V del codice civile e nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267. Per quanto riguarda tali situazioni impeditive, poi, è necessario ricordare che esse non rilevano se inferiori ad un anno. Va, inoltre, segnalato che costituisce situazione impeditiva all'assunzione della carica anche il fatto di essere stati condannati ad una delle pene citate con sentenza irrevocabile che applica la pena su richiesta delle parti.

contemporaneamente, anche credito assoggettandosi ad una serie di rischi di tipo sistemico di eccessivo immobilizzo dell'attivo e di conflitti di interessi. Da ciò nasce l'esigenza di disciplinare questa materia, come spiegato, peraltro, nella relazione sull'analisi di impatto redatta dalla Banca d'Italia congiuntamente alle Disposizioni di vigilanza. In merito a questa materia, la relazione analizza tre possibili opzioni regolamentari sulla base di una serie di considerazioni quali il fatto che l'attività di assunzione di partecipazioni risulta essere residuale per la maggior parte degli intermediari iscritti attualmente nell'elenco speciale che non operano nel *merchant banking*.²²⁴ La prima opzione regolamentare proposta prevede un oggetto sociale esclusivo, con il divieto, quindi, di svolgere l'attività di assunzione di partecipazioni, ad eccezione delle sole partecipazioni strumentali all'attività dell'intermediario finanziario. Qualora quest'ultimo volesse esercitare l'attività di assunzione di partecipazioni avrebbe due possibilità: la preclusione dell'erogazione del credito nei confronti del pubblico, se non verso le sole società partecipate o il conferimento dell'assunzione di partecipazioni ad una società finanziaria separata non vigilata, rinunciando, quindi, in entrambi i casi ad una delle due attività. Poiché, però, risulterebbe in contrasto con la normativa prevista dal codice civile e in ambito bancario, dove è concessa la creazione di un gruppo finanziario attraverso la partecipazione in società finanziarie, tale opzione regolamentare è stata considerata dalla stessa autorità di vigilanza come non applicabile. La seconda opzione valutata consentirebbe, invece, l'esercizio dell'attività in esame sebbene limitatamente, introducendo il solo limite generale, già previsto per le banche, e limiti alla detenzione di partecipazioni non finanziarie. L'analisi fatta dalla Banca d'Italia ha evidenziato, però, che quasi nessuno degli intermediari finanziari attivi in questo settore superava il limite generale solitamente imposto in ambito bancario, dato dalla somma di partecipazioni e immobili che deve essere contenuta entro il patrimonio di vigilanza.

²²⁴ Si ricorda che il *merchant banking* è definito nella circolare 216/96 come l'attività di assunzione di partecipazioni destinate all'alienazione e, per il periodo di detenzione, caratterizzata da interventi volti alla riorganizzazione aziendale o allo sviluppo produttivo o al soddisfacimento delle esigenze finanziarie delle imprese partecipate anche tramite il reperimento del capitale di rischio.

Pertanto, gli svantaggi quali, ad esempio, le minori possibilità operative apparirebbero trascurabili, ma allo stesso tempo non vi sarebbero grandissimi vantaggi, se non un minor rischio di immobilizzo e una relativa maggior stabilità. La terza opzione, che risulta essere alla fine la migliore delle tre, prevede, invece, l'applicazione dei limiti previsti in ambito bancario per le partecipazioni non finanziarie, ovvero il limite individuale di concentrazione, e il limite complessivo, pari rispettivamente al quindici e al sessanta per cento del patrimonio di vigilanza. Gli obiettivi che si perseguono attraverso l'applicazione di questa particolare disciplina sono gli stessi che hanno portato all'introduzione della stessa in ambito bancario, ovvero la possibilità di ridurre la concentrazione eccessiva verso uno stesso soggetto, la prevenzione dell'immobilizzo dell'attivo in settori diversi da quello finanziario e il contenimento del rischio di un possibile conflitto di interessi che potrebbe derivare dal fatto di essere contemporaneamente creditore e partecipante al capitale. L'analisi effettuata dall'autorità di vigilanza evidenzia che l'applicazione di tale opzione regolamentare non comporterebbe tensioni per gli intermediari interessati, permettendogli, invece, ampi margini di sviluppo, se confrontata rispetto all'attuale normativa cui sono sottoposti. Come per il caso della seconda opzione, quindi, le minori possibilità operative che ne derivano risultano trascurabili essendosi gli intermediari, fino ad oggi, attestati a livelli di operatività più bassi rispetto al limite complessivo o di concentrazione. Allo stesso modo risulta superfluo il minor rischio di immobilizzo e di concentrazione. Certamente, l'applicazione della suddetta disciplina comporterebbe una maggior equivalenza tra il mondo bancario e quello degli intermediari finanziari, con conseguenti minori possibilità di arbitraggio regolamentare. L'assunzione di partecipazione è, quindi, concessa agli intermediari finanziari, secondo quanto si legge nelle Disposizioni di vigilanza purché venga assicurata, a livello di operatività, la coerenza con l'oggetto sociale e le strategie dell'intermediario stesso. In particolare, la disciplina relativa alle partecipazioni detenibili si ritrova alla Sezione IV del Titolo I, Capitolo 3, delle Disposizioni di vigilanza, dove si specifica, al primo paragrafo, anche la *ratio* della normativa. L'assunzione di partecipazioni, infatti, comporta anche l'assunzione di una serie di rischi specifici che derivano «dalla circostanza che il

rimborso dei diritti patrimoniali avviene in via residuale rispetto ai creditori ordinari, dall'altro, dalla possibile fluttuazione del valore delle azioni in relazione alle prospettive economiche dell'impresa affidata». L'imperativo è, quindi, quello di dotarsi di politiche e procedure atte a garantire la stabilità dell'intermediario e il presidio dello stesso dai rischi appena prospettati, con una costante attenzione verso la società emittente e il suo andamento a livello economico. Oltre alle partecipazioni, intese nel senso classico,²²⁵ vanno sottoposte alla disciplina in oggetto anche le partecipazioni in *equity*, mentre per l'assunzione indiretta di partecipazioni in *equity* trova applicazione la disciplina relativa alle partecipazioni detenibili da banche e gruppi bancari.²²⁶ Con esplicito rimando alla normativa secondaria in ambito bancario, il limite generale per la detenzione di partecipazioni è fissato pari al margine disponibile per l'investimento in partecipazioni e in immobili. Tale margine è definito dall'autorità di vigilanza come la differenza tra il patrimonio di vigilanza e la somma delle partecipazioni e degli immobili, comunque detenuti.²²⁷ Le Disposizioni di vigilanza considerano anche la possibilità che il patrimonio di vigilanza subisca una riduzione tale da comportare il superamento del limite generale. In tal caso, quindi, l'organo con funzione di gestione è tenuto a sottoporre all'organo con funzione di supervisione strategica un programma che preveda il riallineamento al minimo previsto a livello regolamentare nel minor tempo possibile. Nelle Disposizioni di vigilanza per

²²⁵ Alla Sezione I del medesimo Titolo, al paragrafo contenente le Definizioni, si trova quella di partecipazione, la quale consiste nel «possesso di quote o azioni nel capitale di un'altra impresa che, realizzando una situazione di legame durevole con essa, è destinato a sviluppare l'attività del partecipante». In generale il rapporto durevole si ha in tutti i casi di controllo o influenza notevole. Si trova, poi, un elenco esemplificativo, ma che non è da considerarsi come esaustivo, delle situazioni nelle quali può sussistere l'ipotesi di legame durevole, ovvero quando l'intermediario sia parte di un accordo con l'impresa partecipata o con altri partecipanti di questa, che gli consente di sviluppare attività comuni con la stessa, qualora vi sia un legame dato da rapporti commerciali o da transazioni rilevanti o nel caso di limitazioni della libertà di operare per l'intermediario per effetto di condizioni stabilite convenzionalmente o impegni assunti unilateralmente.

²²⁶ Si tratta delle «Disposizioni in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari».

²²⁷ La medesima definizione si trova anche alla Sezione II del Titolo IV, Capitolo 9 delle Disposizioni di vigilanza dettate per le banche. Proseguendo nell'analisi di questa Sezione, vengono definite le modalità di calcolo del margine disponibile rimandando ad un altro capitolo, ovvero il Capitolo 7, Sezione I del medesimo Titolo, per la definizione delle partecipazioni, del patrimonio e degli immobili. Tale capitolo è stato, però, abrogato nel 2006, con ciò dovendosi rimandare per le definizioni in oggetto alla Sezione I del Capitolo 9.

gli intermediari finanziari, al Titolo I, Capitolo 3, Sezione IV, paragrafo 2.1, si trova anche una definizione di immobili, ovvero quelli di proprietà al netto di eventuali fondi di ammortamento e gli immobili acquisiti in locazione finanziaria, con l'esclusione di quelli in proprietà ceduti in locazione finanziaria. Va ricordato a questo proposito che gli immobili che possono essere detenuti dagli intermediari sono quelli ad uso strumentale ovvero che rivestono un carattere di ausiliarità nell'esercizio dell'attività principale. Come anche per le banche, rientrano nel calcolo del margine disponibile anche i contributi versati per la formazione del fondo patrimoniale di consorzi non societari. Vengono considerate anche le quote di OICR immobiliari non negoziate in mercati regolamentati. Oltre al limite generale di cui si è appena detto, gli intermediari finanziari devono rispettare anche un limite di concentrazione e un limite cosiddetto complessivo nella detenzione di partecipazioni qualificate²²⁸ in imprese non finanziarie.²²⁹ Il limite di concentrazione prevede che una partecipazione presso una società non finanziaria non possa superare il limite massimo del quindici per cento del patrimonio di vigilanza dell'intermediario finanziario, mentre il limite complessivo prevede che la somma di tutte le partecipazioni detenute presso società non finanziarie non possa superare il sessanta per cento del patrimonio di vigilanza dell'intermediario. Gli eventuali superamenti dei limiti prefissati devono essere ricondotti a normalità nel più breve tempo possibile, in quanto le eccedenze vengono dedotte dal patrimonio di vigilanza.²³⁰ Le Disposizioni di vigilanza considerano, poi, al paragrafo 3 della medesima Sezione, la possibilità di detenere partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà, mediante conversione dei crediti al fine di consentirne il riequilibrio. Tale possibilità, come auspicato dalla stessa autorità di vigilanza, deve essere valutata con estrema attenzione, considerando in particolar modo la convenienza economica della

²²⁸ Per «partecipazione qualificata» si intende quella non inferiore al dieci per cento del capitale sociale o dei diritti di voto, oppure che comporti la possibilità di esercitare un'influenza notevole o il controllo sulla gestione dell'impresa partecipata, secondo quanto previsto nella Sezione I del Titolo I, Capitolo 1, paragrafo 3, delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari.

²²⁹ L'assunzione di partecipazioni in banche, società finanziarie e strumentali è, invece, libera nel rispetto del solo limite generale.

²³⁰ In particolare, qualora si ecceda uno solo dei due limiti indicati, verrà dedotta tale eccedenza, mentre nel caso di superamento di entrambi i limiti verrà dedotto il maggiore dei due dal patrimonio di vigilanza dell'intermediario.

stessa. La conversione dei crediti, infatti, può rivelarsi vantaggiosa per l'intermediario finanziario solo se l'impresa partecipata si trova in una condizione di effettiva temporanea difficoltà, che dipende soltanto da condizioni finanziarie e non di mercato e qualora esistano, quindi, concrete possibilità di recupero della stessa. L'autorità di vigilanza, a questo proposito, ha predisposto una sorta di programma che deve essere anteposto alla decisione di acquisizione. In particolare, dovrà essere predisposto un piano di risanamento che garantisca il riequilibrio economico e finanziario in un tempo non superiore a cinque anni. Tale piano dovrà, poi, essere approvato dall'organo con funzione di supervisione strategica che ne valuterà l'effettiva convenienza economica dell'operazione rispetto ad altre eventuali alternative per il recupero della società in questione, verificando anche la sussistenza delle condizioni previste dal piano stesso. In seguito, si procederà con l'effettiva assunzione delle partecipazioni, attraverso l'acquisizione di azioni o strumenti di nuova emissione e non già in circolazione. Per il periodo di durata del piano le partecipazioni in questo modo assunte non sono computate nel limite di concentrazione e in quello complessivo. Qualora, poi, l'intermediario decida di acquisire partecipazioni per il recupero dei crediti²³¹ è tenuto a rispettare il limite generale, di concentrazione, complessivo e le altre eventuali condizioni stabilite dalle Disposizioni di vigilanza, al paragrafo 4 della medesima Sezione. Tale possibilità è attuata dall'intermediario nei confronti delle società debitorie, ma anche attraverso l'acquisizione di interessenze detenute dal debitore, al fine di recuperare il proprio credito. In particolare, l'acquisizione di partecipazioni dirette deve avere come fine quello di un rapido smobilizzo dell'attivo della società per liquidarne il patrimonio e facilitare, quindi, il recupero del credito. Questo intervento deve essere autorizzato dall'organo con funzione di supervisione strategica attraverso una delibera che evidenzii l'effettiva convenienza rispetto ad altre procedure alternative per il recupero del credito.

²³¹ Al Titolo I, Capitolo 3, Sezione I, paragrafo 3, delle Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari si trova la definizione di «partecipazione per recupero crediti» ovvero «la partecipazione assunta a seguito dell'attivazione delle garanzie ricevute dai soggetti sovvenzionati ovvero l'acquisizione di quote del capitale del debitore per la tutela delle proprie ragioni creditorie».

CAPITOLO 6

LA DECADENZA E REVOCA DELL'AUTORIZZAZIONE

SOMMARIO: 6.1 La cancellazione dagli elenchi ante riforma del Titolo V – 6.2 La revoca e la decadenza dall'autorizzazione post riforma del Titolo V

6.1 La cancellazione dagli elenchi ante riforma del Titolo V

Nella normativa previgente, gli intermediari finanziari potevano accedere al mercato finanziario ricorrendo ad una semplice iscrizione in un elenco generale o speciale a seconda dell'attività svolta, della dimensione e del rapporto tra patrimonio e indebitamento. Era allo stesso modo semplice la possibilità che essi venissero esclusi da tale mercato ad opera del Ministro dell'Economia e delle Finanze (*ex* Ministro del Tesoro), su proposta della Banca d'Italia o dell'UIC prima della sua soppressione, attraverso la cancellazione dagli stessi elenchi. Nella normativa previgente, la cancellazione dall'elenco generale, prevista dall'art. 111 t.u.b. aveva come finalità quella di escludere gli intermediari finanziari dall'esercizio dell'attività al ricorrere e al verificarsi di gravi condizioni. Già prevista nella legge antiriciclaggio 197/1991, ha assunto un'importanza sempre più grande grazie all'ampliamento della sua valenza come misura sanatoria, andando a colpire anche comportamenti illegittimi degli intermediari stessi e l'inosservanza di regole operative sostanziali, non essendo più soltanto uno strumento di reazione alla mancanza di requisiti formali²³². Le prime formulazioni dell'articolo in commento avevano sollevato numerosi dubbi in merito alla cancellazione dagli elenchi in quanto nell'ipotesi di cancellazione di un soggetto dall'elenco generale, l'autorità preposta alla tenuta di quest'ultimo, ovvero l'UIC,

²³² PRINCIPE A., *Commento sub art. 111*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI F., PORZIO M. E SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, pag. 1844.

poteva procedere alla cancellazione anche dall'elenco speciale senza l'intervento dell'autorità competente, ovvero la Banca d'Italia. Con la modifica all'articolo apportata dal d.lgs. 415/1996, si è previsto al comma 2 dell'art. 111 t.u.b. che la cancellazione dall'elenco generale potesse avvenire solo previa cancellazione dall'elenco speciale da parte della Banca d'Italia.²³³ Il rinnovato art. 111 t.u.b. aveva come destinatari gli intermediari finanziari che esercitavano la loro attività nei confronti del pubblico, continuando nell'ottica della graduazione della disciplina a seconda del tipo di operatività di coloro i quali operavano nel settore finanziario. Al primo comma dell'articolo in esame venivano esposte le condizioni che portavano alla cancellazione dall'elenco, quali, ad esempio, il mancato rispetto del principio di esclusività dell'esercizio di attività finanziaria o il venir meno delle condizioni indicate all'art. 106, comma 3, lettere a), b) e c),²³⁴ t.u.b. La cancellazione era disposta dall'attuale Ministro dell'economia e delle finanze (*ex* Ministro del tesoro), su proposta della Banca d'Italia ed era valida, ad una prima lettura, nei soli confronti degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale e non anche verso i soggetti, di cui all'art. 113 t.u.b., iscritti nell'apposita sezione dell'elenco generale, non operanti nei confronti del pubblico. L'UIC aveva provveduto a dirimere la questione con la pubblicazione della circolare del 4 settembre 1996, recante «Istruzioni per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale tenuto dall'UIC per conto del Ministro del tesoro», dove si prevedeva una particolare procedura di cancellazione dall'elenco per gli intermediari di cui agli artt. 106, 113 e 155, comma 4, t.u.b. I soggetti di cui all'art. 113 t.u.b., secondo tale circolare all'art. 1, lettera c), potevano richiedere la cancellazione dalla sezione dell'elenco «per il venir meno dell'esercizio in via prevalente dell'attività finanziaria», da attestarsi con dichiarazione del rappresentante legale della società in merito alla perdita della condizione che era stata imposta dal precedente decreto ministeriale del 6 luglio 1994, all'art. 2, relativamente

²³³ L'eliminazione della duplicità dell'organo, infatti, aveva risolto numerosi problemi e aveva comportato anche una semplificazione dell'iter procedurale da seguire per giungere alla cancellazione dei soggetti e, quindi, alla loro espulsione dal mercato finanziario.

²³⁴ Inoltre, è causa di cancellazione dall'elenco generale la risultanza di gravi violazioni di norme di legge o delle disposizioni emanate ai sensi del Testo unico bancario.

agli ultimi due bilanci approvati, allegando copia degli stessi dalla quale fosse possibile desumere che le poste di carattere non finanziario superavano quantitativamente quelle finanziarie. La prima cosa che si può notare dalla lettura dell'art. 111 t.u.b. è la mancata previsione della cancellazione dall'elenco speciale, che, secondo alcuni Autori, poteva essere giustificata se si pensa che l'elenco speciale era tenuto dalla Banca d'Italia e, quindi, sarebbe stata di sua competenza anche la previsione delle condizioni per la cancellazione dallo stesso.²³⁵ In questo caso, la cancellazione era proposta dalla Banca d'Italia, con il conseguente obbligo per l'intermediario di modificare l'oggetto sociale o porsi in liquidazione, al fine di essere espulso dall'ambito di attività riservata. Nel disporre la cancellazione, l'attuale Ministro dell'Economia e delle Finanze (*ex* Ministro del Tesoro) aveva maggiori spazi discrezionali rispetto alla precedente legge antiriciclaggio, in quanto la cancellazione poteva derivare anche da violazioni di legge, di disposizioni del Testo unico bancario e dal mancato rispetto dell'esclusività dell'oggetto sociale.²³⁶ Allo stesso modo, però, il Ministro doveva svolgere il proprio operato in un ambito più ristretto rispetto al passato se si considera che il mancato possesso da parte dei soci e degli esponenti aziendali di particolari requisiti indicati all'art. 106, comma 2, lettera d), t.u.b., non era più considerato tra le cause che potevano comportare la cancellazione dell'intermediario dall'elenco. A ben vedere, infatti, si trattava di elementi che potevano subire delle modifiche nel corso del tempo senza che questo potesse comportare automaticamente la cancellazione dell'intermediario.²³⁷ Tale elemento poteva essere considerato quale elemento di discontinuità fra le condizioni necessarie all'iscrizione e le cause della cancellazione. La perdita dei requisiti da parte dei soci e degli esponenti aziendali poteva, però, essere sanata in un lasso di tempo molto breve, ovvero attraverso la sostituzione dei soggetti non più meritevoli. La coerenza fra i due momenti essenziali nella vita di un intermediario finanziario non bancario era, però,

²³⁵ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 164.

²³⁶ Tale principio riceveva, quindi, un'adeguata sanzione che operava sia nel caso in cui l'intermediario avesse previsto un oggetto sociale difforme da quello imposto sia qualora il soggetto avesse operato in un ambito diverso dall'oggetto sociale che aveva indicato all'atto della richiesta di autorizzazione.

²³⁷ RUGGIERO C., *op. cit.*, pag. 166.

ristabilita se si pensa che la mancata sostituzione di tali soggetti rientrava nelle ipotesi di “grave violazione di legge” e, quindi, avrebbe portato, comunque, alla cancellazione dell’intermediario dagli elenchi.²³⁸ Oltre alle situazioni indicate dall’*ex art.* 111 t.u.b., la legislazione secondaria aveva, poi, ampliato le ipotesi di cancellazione dall’elenco generale, generando spesso allo stesso tempo confusione tra gli operatori del settore. Per la cancellazione dall’elenco speciale, invece, poteva provvedere direttamente la Banca d’Italia, secondo quanto previsto dal secondo comma dell’art. 111 t.u.b. nel disposto vigente antecedentemente la riforma del Titolo V. Ma, nonostante ciò, le ipotesi di cancellazione dall’elenco speciale erano comunque dettate dalla disciplina secondaria emanata dal Ministro. Il decreto ministeriale cui far riferimento per la definizione delle situazioni che comportavano la cancellazione dall’elenco generale e speciale era il n. 29 del 17 febbraio 2009. All’art. 10, comma 4, del decreto si disponeva, infatti, che il Ministro, su proposta della Banca d’Italia, potesse provvedere alla cancellazione dall’elenco generale quando fossero decorsi ventiquattro mesi dall’iscrizione senza che l’intermediario avesse dato inizio all’attività ovvero l’intermediario avesse interrotto l’esercizio dell’attività per non meno di ventiquattro mesi continuativi. Per quanto riguarda la cancellazione dall’elenco speciale, invece, l’art. 15, comma 3, d.m. 29/2009 prevedeva che fosse dichiarata qualora decorsi dodici mesi dall’iscrizione l’intermediario non avesse dato inizio all’attività o l’avesse interrotta per oltre dodici mesi continuativi. Era causa di cancellazione, secondo quanto previsto all’art. 17, comma 3, d.m. 29/2009, dall’elenco speciale anche la perdita delle condizioni quantitative che avevano comportato l’iscrizione nello stesso, rilevabile per almeno tre esercizi chiusi consecutivi. L’art. 211, comma 2, del t.u.f. aveva, inoltre, apportato delle modifiche al testo originario dell’art. 111 del t.u.b. prevedendo che non potesse essere disposta la cancellazione dall’elenco generale o speciale degli intermediari finanziari che erano stati autorizzati alla prestazione di servizi di investimento o che avessero acquisito fondi con obbligo di rimborso per un

²³⁸ ROTONDO G., *Commento sub art. 111*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 878. Sullo stesso tema anche VALENTINO P., *op. cit.*, pag. 457.

ammontare superiore al patrimonio. Tali intermediari erano soggetti, infatti, alle procedure tipicamente bancarie, sulla base della considerazione per cui un'attività rischiosa e sistematicamente rilevante doveva essere assoggettata a controlli più puntuali ed efficaci, con la conseguente assimilazione sempre maggiore alle banche.²³⁹ Per quanto riguarda, invece, la procedura cui dovevano attenersi le autorità di vigilanza nell'adottare il procedimento di cancellazione, va ricordato che questa era composta di una serie di fasi, ovvero l'accertamento dei presupposti delle infrazioni, la contestazione da parte della Banca d'Italia,²⁴⁰ la presentazione delle deduzioni dell'intermediario entro 30 giorni e la proposta da parte dell'autorità di vigilanza al Ministro dell'Economia e delle Finanze qualora i presupposti fossero stati ritenuti comunque validi nonostante le deduzioni dell'intermediario. Seguiva, poi, l'emanazione del provvedimento di cancellazione. Tale procedimento poteva essere attivato dalla Banca d'Italia, dall'intermediario stesso oppure da altri soggetti o autorità. La normativa prevedeva, inoltre, che qualora vi fossero ragioni di particolare urgenza, si poteva derogare all'iter procedurale classico, limitando il diritto dell'intermediario a difendersi. A prescindere dalle eccezioni appena esposte, una volta intervenuto il provvedimento di cancellazione era fatto obbligo agli amministratori, secondo il disposto dell'art. 111, comma 4, t.u.b., di convocare entro due mesi dall'emanazione del provvedimento stesso l'assemblea al fine di modificare l'oggetto sociale, porre la società in liquidazione volontaria o assumere altre iniziative. La cancellazione, dunque, si prospettava come una delle cause di scioglimento della società essendo sopravvenuta l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale di tipo finanziario.

²³⁹ ROTONDO G., *ult. op. cit.*, pag. 879.

²⁴⁰ La soppressione dell'UIC, come già ricordato, aveva notevolmente semplificato l'iter procedurale che prevedeva che quest'organo dovesse essere informato da parte della Banca d'Italia delle contestazioni fatte all'intermediario e, qualora, fosse intervenuto il procedimento di cancellazione per l'elenco speciale, gli sarebbe stata trasmessa tutta la documentazione sulla base della quale lo stesso poteva formulare la propria decisione di cancellarlo anche dall'elenco generale.

6.2 La revoca e la decadenza dall'autorizzazione post riforma del Titolo V

A fronte di lacune in merito alla disciplina degli intermediari finanziari sia in tema di accesso al mercato che di operatività degli intermediari finanziari stessi, si è tentato di apportare delle modifiche all'intera disciplina in occasione del recepimento di alcune direttive comunitarie sul credito al consumo, rafforzando anche la procedura di cancellazione oltre che provvedendo alla rideterminazione dei requisiti di accesso. Con l'attuale normativa i casi di revoca dell'autorizzazione sono disciplinati dall'art. 113-ter t.u.b. La differenza sostanziale che si è ottenuta con la nuova normativa è stata quella di inserire l'istituto della revoca dell'autorizzazione anziché della cancellazione. Mentre la revoca comporta l'espulsione dal mercato, essendo causa di scioglimento e di estinzione della società in questione, la cancellazione opera solamente come espulsione del soggetto da un settore di mercato coperto da riserva di attività,²⁴¹ venendo meno la legittimazione ad operare in quel determinato settore. Pertanto, l'istituto della cancellazione comporta la sola perdita della legittimazione all'esercizio dell'attività riservata e il conseguente venir meno del controllo pubblico, se così si può definire, esterno.²⁴² La revoca, quindi, funge da atto di autotutela in via amministrativa sulla base del venire meno di requisiti essenziali per la permanenza nel mercato finanziario. È vero, infatti, che quest'ultima non può essere legata a motivi di opportunità sopravvenuta, in conseguenza anche dell'eliminazione del potere discrezionale delle autorità di vigilanza.²⁴³ Con la nuova disciplina introdotta per gli intermediari finanziari, si può notare come sussistano due diverse configurazioni dell'istituto della revoca dell'autorizzazione. Da una parte, si ha, infatti, la revoca in seguito al venir meno dei requisiti che avevano portato alla concessione dell'autorizzazione stessa e, quindi, da intendere come un atto contrario a quello iniziale. Tale revoca si ritrova all'art. 107, comma 3, t.u.b., il quale lascia piena autonomia all'autorità di vigilanza nel disciplinarne i casi. Dall'altra parte, invece,

²⁴¹ A volte ciò può essere solo temporaneo, poiché decorso un periodo di tempo i soggetti possono richiedere nuovamente l'autorizzazione e quindi rientrare nel settore di mercato.

²⁴² GIUSTI M., PASSALACQUA M., *Commento sub art. 113-ter*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1505.

²⁴³ GIUSTI M., PASSALACQUA M., *op. cit.*, pag. 1505.

viene istituita una revoca con uno stampo più sanzionatorio, in quanto all'art. 113-*ter* t.u.b. le ipotesi di revoca sono collegate al verificarsi di eventi di eccezionale gravità, quali irregolarità nell'amministrazione o nell'ottemperanza a disposizioni legislative. In questo caso, però, la norma è collegata alla precedente ovvero l'art. 113-*bis* t.u.b., nel quale si dispone, per violazioni di minore entità e gravità, una forma sanzionatoria minore simile alla gestione provvisoria prevista per le banche, ovvero il commissariamento dell'intermediario che si esplica nella sospensione degli organi di amministrazione e di controllo dello stesso. Si assiste, dunque, ad una netta distinzione tra l'ipotesi della revoca-decadenza dell'autorizzazione da quella di decadenza in senso stretto prevista all'art. 107 del t.u.b. Per quanto concerne la decadenza dall'autorizzazione, le Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari, al Titolo I, Capitolo 1, Sezione IX, prevedono che essa venga dichiarata quando l'intermediario: rinunci all'autorizzazione; non si serva dell'autorizzazione entro dodici mesi dall'iscrizione all'albo, potendo chiedere alla Banca d'Italia un periodo di proroga non superiore a sei mesi in presenza di giustificati e sopravvenuti motivi; cessi la prestazione dell'attività di concessione di finanziamenti per un periodo continuativo superiore a dodici mesi.²⁴⁴ La decadenza così intesa, però, pone il problema di un controllo sostanziale delle ragioni del soggetto da parte dell'autorità di vigilanza, in questo caso la Banca d'Italia, in quanto vi sarebbe la possibilità per il soggetto stesso di rientrare nel mercato attraverso una modifica dell'oggetto sociale e la conseguente trasformazione in un intermediario diverso che lo porterebbe, in una delle ipotesi più plausibili ad essere escluso dal novero dei soggetti vigilati ai sensi dell'art. 106 del t.u.b. Il provvedimento di decadenza, pertanto, si limita ad una mera valutazione o un controllo di una situazione di fatto che si è già verificata, essendo basata sul mancato

²⁴⁴ La scelta di non operare, però, rientra nel concetto e nel diritto di libertà economica e ciò può certamente avere una ripercussione sull'applicazione della decadenza dall'autorizzazione prevista dall'articolo in commento. È accaduto, infatti, che all'esercizio di tale diritto da parte di un'impresa di assicurazione è conseguito l'intervento dell'ISVAP, la quale anziché emettere il provvedimento di revoca, ha dichiarato la revoca e la messa in liquidazione coatta amministrativa dell'impresa, ritenendo che la richiesta volontaria di decadenza fosse un modo per evitare la liquidazione. Nonostante ciò, il provvedimento è stato ritenuto illegittimo dalla Suprema Corte, la quale ha ritenuto che la richiesta di decadenza dall'autorizzazione fosse la sola espressione di un diritto soggettivo. GIUSTI M., PASSALACQUA M., *op. cit.*, pag. 1506.

avvio o proseguimento dell'attività di concessione di finanziamenti. Se vi fosse la revoca dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 113-ter t.u.b., invece, il soggetto sarebbe espulso non solo dal mercato dell'intermediazione finanziaria ma dal mercato in generale, in quanto la conseguenza diretta del provvedimento di revoca dell'autorizzazione è lo scioglimento della società e la messa in liquidazione della stessa. All'art. 107, comma 3, t.u.b., però, si trova un'ulteriore ipotesi di revoca che si ha per sopravvenienze di fatto, lasciata alla piena autonomia della Banca d'Italia, la quale, nell'esercizio del suo potere regolamentare, dovrà tenere conto del procedimento che ha condotto al rilascio dell'autorizzazione, contrapponendosi, quindi, a livello procedimentale, alla revoca-decadenza che risulta essere completamente svincolata dall'originario processo di rilascio dell'autorizzazione. Per quanto riguarda i presupposti che conducono alla pronuncia della revoca-decadenza ai sensi dell'art. 113-ter, essi sono i medesimi riportati all'art. 80 t.u.b. in tema di liquidazione coatta amministrativa delle banche. A tal proposito, l'articolo in esame dispone al primo comma che:

«1 Fermo restando quanto previsto dall'art. 113-bis, la Banca d'Italia può disporre la revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 107, comma 1, quando:

a) risultino irregolarità eccezionalmente gravi nell'amministrazione, ovvero violazioni eccezionalmente gravi delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dell'intermediario;

b) siano previste perdite del patrimonio di eccezionale gravità;

c) la revoca sia richiesta su istanza motivata degli organi amministrativi, dell'assemblea straordinaria, dei commissari di cui all'articolo 113-bis, comma 1 o dei liquidatori.»²⁴⁵

Oltre a tali previsioni, è previsto al comma 6 del medesimo articolo che agli intermediari finanziari autorizzati allo svolgimento di servizi d'investimento o che abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per importi superiori al patrimonio o

²⁴⁵ Art. 113-ter, comma 1, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

dei quali sia stata attestata l'insolvenza ai sensi dell'art. 82, comma 1, t.u.b., si applica la procedura di liquidazione coatta amministrativa prevista per le banche. L'insufficienza di fondi per la corretta gestione potrebbe essere sintomatica di una futura insolvenza, cosa che potrebbe compromettere la sana e prudente gestione dell'intermediario sottoposto a vigilanza da parte della Banca d'Italia. Peraltro, va tenuto presente che il criterio della sana e prudente gestione non può essere il cardine della valutazione per l'eventuale espulsione dal mercato dell'intermediario finanziario, la quale dovrà essere fatta sulla base dei soli criteri indicati all'art. 113-ter. Il criterio della sana e prudente gestione dovrà essere considerato solamente come il fine cui attenersi nella verifica della sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di revoca indicati al primo comma dell'articolo in esame.²⁴⁶ Il problema che si pone, in questo caso, è l'introduzione di parte della discrezionalità che si era tentato di eliminare con il passaggio dalla vigilanza strutturale a quella prudenziale. Nella valutazione dei presupposti che si stanno analizzando, infatti, alcuni elementi non sono oggettivamente valutabili: basti pensare all'eccezionale gravità cui si fa riferimento nelle lettere a) e b) del primo comma dell'art. 113-ter t.u.b. Come si era già accennato in precedenza, la procedura di commissariamento dell'intermediario di cui all'art. 113-bis t.u.b. può sfociare nella dichiarazione di revoca dell'autorizzazione su richiesta degli stessi commissari, ai sensi della lettera c) del primo comma. Naturalmente, il provvedimento di revoca comporta la cancellazione dall'albo cui l'intermediario era stato iscritto nella fase di rilascio dell'autorizzazione. Tale provvedimento è poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, momento dal quale decorrono i termini per le eventuali impugnazioni. A tal proposito, va ricordato che, poiché esso può costituire la base per la successiva dichiarazione di liquidazione coatta amministrativa, la mancata impugnazione al provvedimento di revoca preclude le successive impugnazioni circa il decreto di liquidazione coatta.²⁴⁷ All'intermediario spetta, poi, l'obbligo di dare comunicazioni alle parti con cui intrattiene rapporti dell'avvenuta revoca in modo tale

²⁴⁶ PERFETTI L., *Commento sub art. 107*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1416.

²⁴⁷ GIUSTI M., PASSALACQUA M., *op. cit.*, pag. 1510.

da non generare confusione con qualsiasi terzo con cui potrebbe entrare in contatto. All'intermediario, quindi, non vengono date possibilità di scelta a differenza di quanto avveniva con la normativa previgente, secondo la quale al provvedimento di cancellazione dall'elenco l'organo amministrativo poteva scegliere tra la modifica dell'oggetto sociale, l'avvio di procedure di concentrazione o la richiesta di liquidazione volontaria della società. Con l'attuale normativa, invece, al provvedimento di revoca-decadenza succede automaticamente lo scioglimento della società,²⁴⁸ a meno che una diversa causa di scioglimento non sia intervenuta antecedentemente all'emanazione del provvedimento stesso. In tal caso, infatti, l'intermediario è tenuto a informare tempestivamente l'autorità di vigilanza, la quale provvederà ad un immediato controllo del ricorrere dei requisiti per lo scioglimento della società e l'avvio della liquidazione volontaria. Ciò comporta automaticamente l'estensione della decadenza dall'autorizzazione per applicazione dell'art. 96-*quinquies*, t.u.b., come dal disposto del comma 4 dell'articolo in esame. Pertanto, una volta dichiarata la decadenza per effetto della sopravvenuta causa di scioglimento, non è più possibile dichiarare la revoca-decadenza. Rimangono comunque validi i poteri dell'autorità di vigilanza informativa e ispettiva secondo il disposto dell'art. 96-*quinquies*, comma 4. Va segnalata, inoltre, la particolarità per gli intermediari finanziari che prestano servizi di pagamento, oltre a svolgere l'attività di concessione di finanziamenti: questi, infatti, sono tenuti a costituire un patrimonio separato per le relative attività accessorie e strumentali che svolgono, in forza di quanto disposto dall'art. 114-*terdecies*, t.u.b. In caso di revoca dell'autorizzazione, l'articolo 113-*ter*, ultimo comma, t.u.b., prevede che per questi intermediari finanziari restino salve le

²⁴⁸ Una volta intervenuto il provvedimento di revoca-decadenza, all'intermediario è dato un termine di sessanta giorni entro il quale trasmettere all'autorità di vigilanza il programma di liquidazione. Dell'evolversi della liquidazione, l'organo liquidatore dovrà inviare rapporti periodici alla Banca d'Italia affinché questa ne monitori costantemente l'andamento. Tale dovere per l'organo liquidatore serve all'autorità di vigilanza in primo luogo per valutare l'operato dello stesso, poiché in caso di rallentamento o irregolarità nello svolgimento della procedura, la Banca d'Italia ha la possibilità di sostituire lo stesso organo secondo quanto previsto dall'articolo in commento in combinato disposto con le norme sulla liquidazione delle società. Naturalmente, con riferimento ai rapporti in corso questi non cessano di esistere con l'apertura della liquidazione della società in quanto vige solamente il divieto di non intraprendere nuove operazioni.

norme previste dall'articolo citato sulla gestione separata del patrimonio destinato. La novità apportata dalla riforma della disciplina degli intermediari finanziari è, appunto, l'applicazione per gli stessi della liquidazione coatta amministrativa anziché della procedura fallimentare classica, analogamente a quanto disposto per le banche. Nell'effettuare il rinvio a tale disciplina, però, il legislatore, come sottolineano alcuni Autori,²⁴⁹ ha commesso l'errore di non fare salve le incompatibilità, rinviando, quindi, indistintamente a tutte le norme sulla liquidazione coatta amministrativa delle banche. È vero, infatti, che non può trovare applicazione per gli intermediari finanziari quanto disposto all'art. 94, comma 2, t.u.b., ovvero la possibilità di modificare l'oggetto sociale relativamente alla revoca dell'autorizzazione all'attività bancaria, poiché per gli intermediari tale opzione è preclusa in quanto la revoca comporta lo scioglimento della società stessa. Per gli intermediari che sono stati autorizzati allo svolgimento di servizi d'investimento o che abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per importi superiori al patrimonio, in caso di dichiarazione di revoca-decadenza, non è concessa la possibilità di chiedere la liquidazione volontaria, dovendo passare automaticamente alla liquidazione coatta amministrativa. La stessa cosa vale anche per gli intermediari dei quali sia stata dichiarata l'insolvenza ai sensi dell'art. 82, comma 1, t.u.b. La novità per questi soggetti consiste nel fatto che tale blocco applicativo riguarda l'intera disciplina della liquidazione coatta amministrativa, non potendosi più applicare nemmeno l'art. 57, commi 4 e 5, del d.lgs. 58/1998 che era richiamato dal vecchio art. 107, comma 6, t.u.b., in luogo dell'art. 87, commi 6 e 7, e dell'art. 87, comma 1. Si giunge, quindi, alla conclusione per cui qualora ci si trovi in una situazione che richieda la dichiarazione di liquidazione coatta dovranno essere applicati gli artt. 80 ss. t.u.b. Nonostante ciò, la Banca d'Italia dovrà solamente proporre al Ministro dell'economia e delle finanze la liquidazione coatta amministrativa senza anche chiedere la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività finanziaria, cui avrà già provveduto la stessa autorità di vigilanza. Essa dovrà soltanto rilevare la mancanza dei presupposti per l'avvio della liquidazione

²⁴⁹ GIUSTI M., PASSALACQUA M., *op. cit.*, pag. 1513.

ordinaria, ovvero la presenza di soggetti che rispecchiano le caratteristiche di cui al comma 6 dell'art. 113 t.u.b., per i quali si applica automaticamente la disciplina della liquidazione coatta amministrativa. La valutazione delle irregolarità, dunque, è lasciata completamente alla Banca d'Italia.

In questa sede va certamente menzionato l'art. 113-*bis* t.u.b. il quale detta le regole per la sospensione degli organi di amministrazione e controllo degli intermediari finanziari non bancari, misura che solitamente precede la revoca dell'autorizzazione prevista all'articolo successivo del Testo unico bancario. Di seguito si riporta, per facilità di comprensione, il dettato dell'articolo in commento:

«1 Qualora risultino gravi irregolarità nell'amministrazione ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie nonché ragioni di urgenza, la Banca d'Italia può disporre che uno o più commissari assumano i poteri di amministrazione dell'intermediario finanziario iscritto all'albo di cui all'articolo 106. Le funzioni degli organi di amministrazione e di controllo sono frattanto sospese.

2 Possono essere nominati commissari anche funzionari della Banca d'Italia. I commissari nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali.

3 La gestione provvisoria di cui al comma 1 non può avere durata superiore ai sei mesi. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 113-ter, comma 1, lettera c), i commissari restituiscono l'azienda agli organi di amministrazione e controllo ovvero, qualora siano rilevate gravi irregolarità riferibili agli organi aziendali sospesi e previa autorizzazione della Banca d'Italia, convocano l'assemblea per la revoca e la nomina di nuovi organi di amministrazione e controllo. Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 76, commi 2 e 4.»²⁵⁰

Anche in questo caso, si è fatto ricorso alla disciplina prevista per le imprese che operano nel settore bancario, facendo leva sugli obiettivi di garanzia e tutela del risparmio al fine di prevenire le grandi ripercussioni che una crisi può avere sull'intero sistema finanziario. Per questo motivo, l'obiettivo generale del Testo unico bancario,

²⁵⁰ Art. 113-*bis*, commi 1, 2 e 3, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia».

quindi non soltanto per il ramo degli intermediari finanziari non bancari, è quello di gestire quelle crisi che possono considerarsi non irreversibili, attraverso l'adozione di soluzioni che permettano di individuare le irregolarità e rimuoverle, attraverso un intervento anticipato.²⁵¹ Nel caso delle banche, infatti, si prevede, in caso di crisi cosiddetta reversibile, l'adozione dell'amministrazione straordinaria, disposta con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, ex Ministro del Tesoro, su proposta della Banca d'Italia. Quest'ultima, poi, in caso di assoluta urgenza, può disporre la gestione provvisoria disciplinata dall'art. 76 t.u.b., eventualmente propedeutica all'amministrazione straordinaria, disciplinata, invece, dall'art. 70 t.u.b.²⁵² Come già riscontrato in precedenza, anche il Testo unico della finanza ha fatto sue le regole sull'amministrazione straordinaria prevedendo tale procedura all'art. 56. Per gli intermediari finanziari non bancari, infine, è stato introdotto con la riforma del Titolo V del Testo unico bancario, l'art. 113-*bis*, il quale prevede una particolare procedura di gestione provvisoria, se così può essere definita, improntata sul classico principio della proporzionalità. Si ritrova, per prima cosa, una commistione tra i presupposti dell'amministrazione straordinaria e quelli della gestione provvisoria previsti per le banche in quanto per giungere all'applicazione dell'art. 113-*bis* è necessario che vengano riscontrate gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie, ovvero, infine, ragioni di urgenza.²⁵³ Al verificarsi di tali situazioni l'autorità di vigilanza, nel qual caso la Banca d'Italia, potrà disporre la sospensione degli organi di amministrazione e di controllo degli intermediari finanziari non bancari sottoposti al regime del Titolo V del Testo unico bancario. Il presupposto ripreso dalla gestione provvisoria, per gli intermediari finanziari non bancari è diversamente specificato, in quanto per le banche si parla di ragioni di assoluta urgenza. Alcuni Autori ritengono,

²⁵¹ DE BENEDETTO M., *Commento sub art. 113-bis*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1495.

²⁵² CAPOLINO O., *Disciplina delle crisi, Banche, Amministrazione straordinaria*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*², Padova, 2000, pag. 273.

²⁵³ Nello specifico, le ragioni di urgenza rientrano nei presupposti della gestione provvisoria disciplinata dall'art. 76 t.u.b., mentre gli altri presupposti rientrano tra quelli necessari per l'applicazione dell'amministrazione straordinaria disciplinata dall'art. 70 t.u.b.

quindi, che nel caso degli intermediari del Titolo V del Testo unico bancario si possa parlare di un'attenuazione del vincolo per l'applicabilità delle regole sulla sospensione degli organi.²⁵⁴ Si prospetta, pertanto, un'applicabilità maggiore di tale procedura per gli intermediari finanziari non bancari, rispetto alle banche. Ed è questa una delle differenze tra le due procedure di gestione provvisoria, introdotta per tenere conto della specificità degli intermediari di cui al Titolo V del Testo unico bancario. Come già in altri casi, l'autorità di vigilanza gode di un certo potere di discrezionalità nella valutazione dei presupposti ricordati, in quanto risulta di difficile valutazione la gravità delle violazioni legislative o delle irregolarità nell'amministrazione. Proseguendo nell'analisi dell'articolo in commento, la Banca d'Italia ha il potere di nominare uno o più commissari che assumano i poteri di amministrazione dell'intermediario finanziario iscritto all'albo ai sensi dell'art. 106 t.u.b. Pertanto, sulla base di questa nomina, vi è la contestuale sospensione dei relativi organi di amministrazione e controllo dell'intermediario, senza la necessità dell'intervento del Ministro dell'Economia e delle finanze, come previsto, peraltro, anche per la gestione provvisoria, in forza delle ragioni di urgenza.²⁵⁵ Secondo quanto previsto, poi, al secondo comma dell'articolo in commento, i commissari nominati possono anche essere funzionari della Banca d'Italia. Tale peculiarità era prevista anche nel caso della gestione provvisoria in ambito bancario, per la quale l'autorità di vigilanza aveva peraltro emanato le «Linee guida per la nomina degli organi delle procedure di gestione delle crisi (gestione provvisoria, amministrazione straordinaria, liquidazione coatta amministrativa) delle banche e degli intermediari sottoposti a vigilanza», applicabili nei limiti della compatibilità anche per gli intermediari finanziari non bancari interessati dalla riforma del Titolo V del Testo unico bancario. In tale senso, quindi, i commissari nominati in sostituzione degli organi di amministrazione e di controllo devono essere dotati del classico requisito dell'onorabilità, la loro scelta non è vincolata e ha carattere fiduciario. Il secondo comma sottolinea, inoltre, che nell'ambito dei loro poteri quali commissari, tali soggetti rivestono la carica di

²⁵⁴ DE BENEDETTO M., *op. cit.*, pag. 1497.

²⁵⁵ CAPOLINO O., *op. cit.*, pag. 295.

pubblici ufficiali. Alcuni Autori mettono l'accento sul fatto che tale previsione può essere rilevante qualora vengano nominati soggetti estranei all'amministrazione, ma di certo risulta ridondante nel momento in cui ad essere nominati commissari siano funzionari della Banca d'Italia che rivestono già il ruolo di pubblici ufficiali nello svolgimento dei loro incarichi.²⁵⁶ Fondamentale della gestione provvisoria prevista dall'articolo in commento è la finalità: i commissari, infatti, operano nella prospettiva di ripristinare la normale situazione operativa restituendo l'azienda agli originari organi di amministrazione e controllo, salvo che si riscontrino irregolarità gravi riferibili agli organi sospesi. In tal caso, quindi, la soluzione positiva della crisi viene meno e si procede con la convocazione dell'assemblea al fine di arrivare alla revoca dei suddetti organi e alla nomina di nuovi soggetti che ricoprono tali cariche societarie. La seconda differenza rispetto all'ordinaria procedura di gestione provvisoria prevista per le banche sta nella durata, che per gli intermediari finanziari non bancari non può superare i sei mesi, derogando ai due mesi imposti per le banche. Si intuisce, pertanto, la necessità di creare uno strumento apposito per gli intermediari finanziari non bancari graduando quelli già esistenti in ambito bancario. Ed è in funzione della necessità di prevenire le crisi che si giustifica un ruolo importante nella loro gestione da parte dell'autorità di vigilanza, ovvero della Banca d'Italia.

²⁵⁶ DE BENEDETTO M., *op. cit.*, pag. 1499.

CAPITOLO 6

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULLE BOZZE DELLE DISPOSIZIONI DI VIGILANZA PER GLI INTERMEDIARI FINANZIARI

Il percorso che ha portato all'emanazione del d.lgs. 141/2010, con riferimento alla riforma del Titolo V del Testo unico bancario, e alle successive «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari» è stato segnato dalla consapevolezza della necessità di un maggior controllo sui soggetti che operavano, o che si stavano affacciando, sul mercato finanziario, a causa della loro crescente importanza e dell'aumento, quindi, del rischio sistemico loro associato. In particolare, da quanto si evince dalla relazione annuale redatta dalla Banca d'Italia nel 2010, i controlli sugli intermediari finanziari *ex art. 107 t.u.b.*, e di conseguenza sul settore del credito alle famiglie, erano stati intensificati al fine di migliorare i rapporti intercorrenti tra gli stessi soggetti e i presidi organizzativi. Per quanto attiene, invece, gli intermediari *ex art. 106 t.u.b.*, l'attività di controllo era stata intensificata sul versante dei *money broker*, i quali, nella maggioranza dei casi, offrivano anche forme speculative di investimento. Il controllo su questi soggetti ha, pertanto, portato alla loro uscita dal mercato. Molte anomalie erano state riscontrate dalle autorità di vigilanza anche nel comparto del rilascio di garanzie, il quale aveva sviluppato la propria attività negli ultimi anni a fronte di un incremento di richieste di fidejussioni da parte di imprese, privati ed enti pubblici. Il riscontro in questo comparto arrivava, secondo le rilevazioni della Banca d'Italia, non solo sul fronte dei soggetti vigilati, quali gli intermediari *ex art. 107 t.u.b.*, ma soprattutto dei soggetti iscritti all'elenco generale dell'*art. 106 t.u.b.* e dei soggetti iscritti alla sezione speciale di quest'ultimo, quali i confidi di secondo grado. Le anomalie erano state riscontrate in particolare sul fronte del rispetto dei limiti normativi, a causa spesso della scarsa preparazione dei beneficiari della disciplina di riferimento. I controlli in questione sono stati avviati dall'autorità di vigilanza a partire dalle rilevazioni statistiche trasmesse nel 2010 dagli stessi

intermediari finanziari, in particolare sul tema del requisito del capitale minimo societario. Sulla base delle considerazioni espresse nella relazione annuale del 2010 della Banca d'Italia, la nuova disciplina comporterà l'iscrizione nel nuovo albo per circa il sessanta per cento degli intermediari operanti attualmente nel settore finanziario, in quanto la rimanente parte svolge la propria attività in comparti che, con l'entrata in vigore della nuova disciplina, non saranno interessati da tale iscrizione. Nella relazione annuale che si sta analizzando, è stato osservato l'andamento dell'operatività degli intermediari *ex art. 107 t.u.b.*, il quale aveva mostrato certamente segni di ripresa dei volumi operativi, accompagnati però dall'aumento della rischiosità dell'attivo. È stato registrato però un peggioramento nella qualità del credito, oltre che una chiusura dell'anno 2010 con un utile in leggera flessione. Certamente, la crisi che ha colpito l'intera sistema economico non ha lasciato indenni nemmeno gli intermediari finanziari non bancari. Il trend nel 2011 è stato pressoché indifferente: il volume di operatività è aumentato, con un aumento parallelo anche della rischiosità dell'attivo. Allo stesso modo si è assistito ad un peggioramento della qualità del credito erogato. Anche nel 2011, l'attività di vigilanza e di controllo sugli intermediari è proseguita sulle stesse linee guida dell'anno precedente, focalizzandosi su quelli maggiormente interessati dal quadro congiunturale. Inoltre, la Banca d'Italia ha avviato un'intensa opera di controllo sui confidi, la cui operatività è aumentata considerevolmente nel corso del 2011, in particolare sull'adeguatezza della dotazione patrimoniale, nella maggior parte dei casi legata alla componente di contributi pubblici erogati da Regioni e Camere di commercio.

In questa sede sono state analizzate le bozze delle «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari» sul tema del procedimento autorizzativo, operando un confronto con quanto previsto nella normativa previgente e quanto previsto, invece, per le banche, alle quali si è tentato di assimilare gli stessi intermediari. Naturalmente, le Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari non bancari non disciplinano solamente questa materia ma si occupano di tutti gli aspetti rilevanti dell'esistenza di tali soggetti. Vengono, infatti, presi in considerazione e disciplinati anche gli aspetti relativi alla vigilanza esercitata dall'autorità competente, ovvero la Banca d'Italia, che si esplica nella vigilanza informativa, ispettiva e regolamentare attraverso l'imposizione di regole che rispecchiano quelle previste in ambito bancario sul

contenimento dei rischi. Anche in queste Sezioni, come del resto nell'intero testo normativo, è chiaro l'intento di assimilare gli intermediari finanziari alle banche al fine di facilitare l'attività di vigilanza dell'autorità competente, ma soprattutto di eliminare le disparità concorrenziali che potevano sussistere fra le due tipologie di soggetti nel momento in cui questi si trovavano a svolgere le medesime attività. Come già specificato inizialmente, le Disposizioni di vigilanza cui si è fatto riferimento per l'intera trattazione sono soltanto le bozze emanate dalla stessa autorità di vigilanza nell'ambito di una consultazione pubblica, nella quale si chiedeva di esprimere un parere in merito alla disciplina che era stata prodotta dalla stessa. Tali pareri, secondo l'*iter* procedurale imposto, dovevano essere inviati entro il 12 marzo 2012, ovvero trascorsi sessanta giorni dalla pubblicazione delle stesse bozze. Trascorso tale periodo, la Banca d'Italia avrebbe provveduto a recepire tutti i commenti ricevuti ed, eventualmente, a modificare lo stesso documento. Ad oggi, non sono ancora state emanate le Disposizioni di vigilanza definitive, se così possono essere classificate, essendosi dovuti riferire, quindi, per l'intera trattazione alle sole bozze. In merito al possibile esito delle consultazioni, è possibile fare qualche previsione. È vero, infatti, che, come più volte sottolineato, l'intento dell'autorità di vigilanza è quello di assimilare gli intermediari finanziari alle banche e questo risulta palese anche da una sola veloce lettura delle Disposizioni di vigilanza, le quali ricalcano fedelmente la normativa prevista in ambito bancario. In altri casi, invece, la normativa bancaria non viene solo ripresa ma viene utilizzata come riferimento, con esplicito rimando a particolari articoli, ad esempio, in tema di partecipazioni o di revoca dell'autorizzazione. Pertanto, sulla base di queste constatazioni, è presumibile che le Disposizioni di vigilanza non subiranno modifiche sostanziali in quanto queste potrebbero intaccare la *ratio* dell'intera normativa. È plausibile, invece, una modifica delle stesse intesa nel senso di chiarimenti in merito ad alcuni punti che potrebbero risultare di difficile comprensione in sede di effettiva applicazione delle norme contenute nelle Disposizioni stesse. Le modifiche, poi, andranno senza dubbio nella direzione dell'adattamento alle recenti innovazioni del d.lgs. 141/2010. Tra i punti che sicuramente saranno oggetto di modifica delle disposizioni di vigilanza, va evidenziato il tema relativo alla forma societaria adottabile dagli intermediari stessi, in quanto, come ricordato nel corso della trattazione, ad oggi essi possono costituirsi nella forma

della società per azioni, a responsabilità limitata, in accomandita per azioni e cooperativa. A differenza di quanto previsto nella prima formulazione dell'art. 106 t.u.b. e, di conseguenza, delle Disposizioni di vigilanza, gli intermediari finanziari possono costituirsi anche nella forma della società cooperativa, cosa di cui certamente le Disposizioni dovranno tener conto. Attualmente, poi, le bozze delle Disposizioni di vigilanza prevedono due soglie differenti in riferimento alla possibilità che i soggetti svolgano due diverse tipologie di attività, che necessitano di una diversa tutela, non, invece, per l'adozione di differenti modelli societari. A tal proposito, va, quindi, sottolineata una particolarità prevista per gli intermediari finanziari, i quali, pur potendosi costituire secondo forme societarie diverse, dovevano, nella normativa previgente la riforma, rispettare limiti minimi di capitale sociale identici, a differenza di quanto previsto in ambito bancario. Tale peculiarità è rimasta peraltro anche nelle Disposizioni di vigilanza sottoposte a consultazione. È vero, infatti, che anche nel comparto assicurativo i soggetti che intendono richiedere l'autorizzazione devono rispettare limiti di capitale che prescindono dalla forma societaria adottata, ma rispondono solo ad una logica basata sul tipo di attività esercitata. Ciò non avviene parimenti nel comparto bancario, dove i limiti di capitale sociale in fase di costituzione sono calibrati sul modello societario adottato. Le considerazioni suddette sulle possibili modifiche delle Disposizioni di vigilanza possono essere fatte per quanto attiene gli intermediari finanziari, ma non anche per le società fiduciarie e le agenzie di prestito su pegno, attualmente non sottoposti a vigilanza da parte della Banca d'Italia. Va evidenziato, infatti, che queste due ultime categorie di soggetti inserite nella disciplina del Titolo V del Testo unico bancario, non hanno ancora trovato, perlomeno nelle bozze, una disciplina specifica, essendo state sottoposte a consultazione delle semplici ipotesi regolamentari, che si trovano nella parte finale delle Disposizioni di vigilanza stesse. Si legge, infatti, all'art. 199 del t.u.f. che le società fiduciarie di tipo statico ai sensi della legge 1966/1939, ossia che svolgono attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari, che sono controllate direttamente o indirettamente da una banca o da un intermediario finanziario, ovvero che abbiano adottato la forma della società per azioni e abbiano un capitale versato pari almeno ad Euro 240 mila sono autorizzate e iscritte in una sezione speciale dell'albo di cui all'art. 106 del t.u.b., con il divieto di esercitare le attività di cui al primo comma di questo articolo. Poiché

rimane salva la disciplina di cui all'art. 199 del t.u.f., la Banca d'Italia sottolinea la necessità di coordinamento fra le due diverse fonti normative. Sulla base della permanenza in vigore della disciplina prevista dal Testo unico della finanza per le società fiduciarie, sorge un obbligo di doppia iscrizione per le stesse. Secondo quanto previsto dal d.lgs. 141/2010, le società fiduciarie già esistenti devono presentare istanza di autorizzazione ai fini dell'iscrizione nella suddetta sezione separata dell'albo di cui all'art. 106 del t.u.b. almeno tre mesi prima della scadenza del termine entro cui possono continuare ad operare, fissato in un anno dall'emanazione delle Disposizioni di attuazione del Titolo III del d.lgs. 141/2010. Ciò non comporta la perdita dell'autorizzazione rilasciata dal Ministro dello Sviluppo Economico ai sensi della legge 1966/1939. Tale autorizzazione dovrà comunque essere ottenuta, per le società fiduciarie di nuova costituzione, antecedentemente alla presentazione della richiesta per l'iscrizione nella sezione separata. Tale richiesta, a prescindere dall'essere società già esistenti o di nuova costituzione, è obbligatoria qualora vengano rispettati i requisiti previsti al secondo comma dell'art. 199 del t.u.f. Secondo quanto previsto dalla loro specifica disciplina, tali società fiduciarie possono svolgere esclusivamente l'attività di amministrazione di beni e patrimoni per conto di terzi con o senza intestazione fiduciaria, la rappresentanza di azionisti e obbligazionisti, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e attività complementari e strumentali.²⁵⁷ Va sottolineata la precisazione fatta dalla Banca d'Italia nelle ipotesi regolamentari sottoposte a consultazione secondo la quale le società fiduciarie, che dovranno richiedere l'iscrizione nella sezione separata dell'albo di cui all'art. 106 del t.u.b., dovranno comunque rispettare le previsioni e i limiti operativi previsti dalla disciplina generale per le stesse. In tal senso, infatti, le società fiduciarie non potranno

²⁵⁷ L'art. 5, comma 7, del decreto ministeriale del 16 gennaio 1995 che disciplina le società fiduciarie prevede una definizione in negativo delle attività complementari e strumentali che possono essere svolte. Si dispone, infatti, che: «Nell'ambito delle proprie attività complementari e strumentali l'oggetto sociale non può prevedere: attività di consulenza finanziaria, di studio, ovvero di assistenza, né tantomeno tali attività di consulenza - a tutti gli effetti inibite - possono essere citate nella denominazione sociale; attività industriali; la possibilità di contrarre debiti in proprio o assumere impegni finanziari o in proprio se non per l'acquisizione di immobilizzazioni tecniche; la possibilità di contrarre debiti o assumere impegni finanziari o rilasciare garanzie sia in proprio sia nell'ambito dell'amministrazione di beni per conto terzi, salvo che si tratti di garanzie prestate e di impegni assunti per conto dei fiducianti nei limiti del patrimonio affidato, previo vincolo dello stesso a tal fine, per l'intero periodo del contratto e previa autorizzazione dei fiducianti ad utilizzare tale patrimonio per far fronte alle garanzie.»

svolgere l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma. Sono state sottoposte a consultazione anche le ipotesi regolamentari relative alle agenzie di prestito su pegno, previste a livello normativo, all'art. 112, ultimo comma, t.u.b. In tale ambito, infatti, si prevede che tali soggetti debbano essere sottoposti alla disciplina di cui all'art. 106 relativamente all'iscrizione all'albo. La Banca d'Italia, nell'esercizio del suo potere in qualità di autorità di vigilanza, può prevedere però la disapplicazione di alcune disposizioni in materia di soggetti operanti nel settore finanziario. In particolare, verrà usato come punto di riferimento il caposaldo delle Disposizioni di vigilanza, ovvero il principio di proporzionalità nell'applicazione delle previsioni per gli intermediari finanziari, con attenzione soprattutto a quelle relative alla *governance* e all'assetto dei controlli interni. Per quanto riguarda il procedimento autorizzativo, poi, è prevista una soglia minima di capitale sociale inferiore rispetto a quanto previsto per gli intermediari finanziari. Le agenzie di prestito su pegno, infatti, dovranno dimostrare che il capitale sociale in fase di autorizzazione è almeno pari ad Euro 600 mila. Pertanto, essendo state sottoposte a consultazione delle semplici ipotesi regolamentari che non hanno ancora un'esatta collocazione all'interno delle Disposizioni di vigilanza, è presumibile che la disciplina relativa alle società fiduciarie e alle agenzie di prestito su pegno costituirà la maggior parte delle modifiche che verranno apportate al testo normativo nella fase definitiva dello stesso.

Merita accenno, sebbene in questa fase conclusiva, anche la disciplina prevista dalle Disposizioni di vigilanza relativamente ai consorzi di garanzia collettiva dei fidi, comunemente conosciuti come confidi. Questi hanno da sempre rivestito un ruolo fondamentale nel finanziamento alle piccole e medie imprese, consentendo di ridurre i rischi di inadempimento e i costi di informazione sui soggetti da affidare. L'art. 112 t.u.b. prevede che il Ministro dell'Economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, determini i requisiti, relativamente al volume di attività finanziaria, che impongono l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. La disciplina delle Disposizioni di vigilanza prevede, al Titolo VII, Capitolo 1, la definizione di attività di garanzia collettiva dei fidi quale un'attività svolta «nei confronti delle imprese consorziate o socie, rappresentata dall'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte e favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel

settore finanziario».²⁵⁸ In particolare, alla Sezione II del Titolo VII, Capitolo 1, si prevede che i confidi cui è imposto l'obbligo di richiedere l'autorizzazione per l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. debbano avere un volume di attività²⁵⁹ pari o superiore ad Euro 75 milioni. A tal proposito, va sottolineato che con il d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169, è stata apportata una modifica all'art. 112 t.u.b., in particolare, al comma 1-*bis*, si prevede che in caso di iscrizione all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. i confidi non sono tenuti all'iscrizione nell'elenco tenuto dall'organismo di cui all'art. 112-*bis*. A livello di operatività, al Titolo VII, Capitolo 1, Sezione III, paragrafo 1, si prevede che i confidi possano svolgere esclusivamente e in misura prevalente l'attività di garanzia collettiva dei fidi, unitamente alle ulteriori attività previste dall'art. 112, comma 5, t.u.b.²⁶⁰ La Banca d'Italia definisce poi la nozione di prevalenza, la quale è rispettata qualora si verificano alcune condizioni dall'ultimo bilancio approvato. In particolare, è necessario che l'ammontare dei ricavi derivanti dall'attività di garanzia collettiva dei fidi e dalle attività connesse e strumentali superi il cinquanta per cento del totale dei ricavi e che l'ammontare nominale delle garanzie collettive dei fidi superi il cinquanta per cento del totale dell'attivo. A tali confidi è concesso anche di svolgere le attività riservate agli intermediari finanziari nel solo limite del venti per cento massimo del totale dell'attivo. Come per tutti gli intermediari finanziari, possono svolgere attività connesse e strumentali nel rispetto delle disposizioni vigenti. Anche in tal caso, la Banca d'Italia definisce queste ultime come le attività accessorie che

²⁵⁸ Tale definizione si ritrova all'art. 13, comma 1, della legge 24 novembre 2003, n. 326 recante «Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici».

²⁵⁹ Il volume di attività finanziaria è definito come un aggregato composto da: cassa e disponibilità; crediti verso enti creditizi, crediti verso enti finanziari, obbligazioni e altri titoli a reddito fisso, ad esclusione dei fondi monetari, ovvero depositi indisponibili costituiti presso i finanziatori delle imprese consorziate o socie, utilizzati in funzione di garanzia; crediti verso clientela; crediti impliciti nelle operazioni di locazione finanziaria; azioni, quote e altri titoli a reddito variabile; ratei attivi; garanzie rilasciate; altre poste dell'attivo e le operazioni «fuori bilancio».

²⁶⁰ L'art. 112, comma 5, t.u.b., prevede che: «I confidi iscritti nell'albo possono svolgere, prevalentemente nei confronti delle imprese consorziate o socie, le seguenti attività:

a) prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato, al fine dell'esecuzione dei rimborsi di imposte alle imprese consorziate o socie;
b) gestione, ai sensi dell'articolo 47, comma 2, di fondi pubblici di agevolazione;
c) stipula, ai sensi dell'articolo 47, comma 3, di contratti con le banche assegnatarie di fondi pubblici di garanzia per disciplinare i rapporti con le imprese consorziate o socie, al fine di facilitarne la fruizione.»

consentono di sviluppare l'attività esercitata principalmente e che rispetto a questa hanno la caratteristica di ausiliarità. Le Disposizioni di vigilanza prevedono poi che venga interamente applicato quanto previsto per gli intermediari finanziari, con alcune eccezioni e particolarità. Ad esempio, con riferimento alla forma societaria imposta, i confidi possono adottare anche la forma della società consortile a responsabilità limitata, mentre in riferimento al capitale sociale minimo, esso deve essere almeno pari a 2 milioni di Euro. Tale previsione risulta essere strana, in quanto per gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b. il capitale minimo previsto in caso di rilascio di garanzie è pari a 3 milioni di Euro. Relativamente, poi, ai termini tecnici di presentazione della domanda di autorizzazione per l'iscrizione all'albo, questa deve essere presentata entro i sessanta giorni successivi al superamento della soglia relativa al volume di attività finanziaria. La domanda in questione deve presentare tra le altre cose l'attestazione che il volume di attività finanziaria risultante dall'ultimo bilancio approvato sia pari o superiore al minimo richiesto e la documentazione relativa al mantenimento di tale soglia per i sei mesi successivi, allegando documenti redatti per il pubblico ovvero evidenze contabili interne. Oltre a questo deve essere allegata un'attestazione circa il fatto che il patrimonio di vigilanza sia sufficiente al rispetto dei requisiti minimi prudenziali. Inoltre è necessario che vengano allegati gli schemi relativi alla composizione delle attività finanziarie e delle attività svolte. Ai confidi non è consentito svolgere l'attività di prestazione di servizi di pagamento. Le comunicazioni relative all'iscrizione nell'albo verranno fatte dalla Banca d'Italia all'Organismo per la tenuta dell'elenco dei confidi, istituito dall'art. 112-*bis* t.u.b. Per quanto attiene la disciplina relativa ai partecipanti al capitale sociale, l'autorità di vigilanza relaziona in merito alla composizione sociale dei confidi. È vero, infatti, che essendo i confidi composti da piccole e medie imprese industriali, commerciali, turistiche e di servizi, imprese artigiane e agricole, tra i soci rientreranno anche soggetti iscritti in albi professionali e associazioni professionali, qualora queste svolgano un'attività economica e rispettino i limiti previsti in materia di piccole e medie imprese.²⁶¹ La Banca d'Italia prevede poi che gli enti pubblici o privati e le

²⁶¹ A tal fine, si ricorda che le piccole e medie imprese sono definite tali se hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di Euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di Euro, secondo le disposizioni del decreto del Ministro delle attività

imprese di grandi dimensioni che non possono partecipare ai confidi possano comunque sostenerli nella loro attività attraverso contributi e garanzie non finalizzate a singole operazioni, con la conseguente possibilità che i rappresentanti delle stesse possano partecipare agli organi elettivi secondo le modalità previste dallo statuto dei confidi, a condizione che la maggioranza dei componenti sia riservata all'assemblea dei soci. Vigono alcuni limiti relativamente alle quote di partecipazione di ogni singola impresa, le quali non possono superare il venti per cento del fondo consortile o del capitale sociale e non possono essere inferiori ad Euro 250. Con riferimento alle partecipazioni detenibili, si prevede un'integrazione della Sezione IV del Titolo I, Capitolo 3, in tal senso: «i confidi possono assumere partecipazioni in: a) banche, imprese finanziarie e assicurative in misura non superiore al 20 per cento del capitale della società partecipata; è preclusa la detenzione, anche indiretta di partecipazioni di controllo in tali soggetti; b) società strumentali; c) società non finanziarie nel limite dell'1 per cento del patrimonio di vigilanza del partecipante o del 3 per cento nel caso di partecipazioni in organismi di categoria». In relazione, invece, alla decadenza e revoca dall'autorizzazione, quest'ultima è revocata qualora il volume di attività finanziaria sia inferiore al minimo imposto per almeno tre esercizi chiusi consecutivi. Sarà compito del legale rappresentante comunicare alla Banca d'Italia comunicare la sopravvenuta situazione aziendale, allegando la relativa documentazione comprovante unitamente ad un piano di dimissione degli attivi di bilancio che non abbia durata superiore a dodici mesi, in relazione alle attività non consentite ai confidi iscritti nell'elenco e disciplinati dall'art. 112 t.u.b. Pertanto, la disciplina inserita nelle Disposizioni di vigilanza non ha apportato notevoli modifiche alla normativa previgente in tema di confidi, mantenendo immutate anche le definizioni relativamente al calcolo del volume di attività, fondamentale per l'insorgere dell'obbligo all'iscrizione nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b.

produttive n. 238 del 12 ottobre 2005, all'art. 2. Le Disposizioni di vigilanza che si stanno analizzando prevedono però che ai confidi possano partecipare anche imprese di maggiori dimensioni purché rientranti nei limiti dimensionali fissati dall'Unione Europea nell'ambito degli interventi agevolati della Banca europea per gli investimenti a favore delle PMI, a condizione che tali imprese non costituiscano più di un sesto del totale delle imprese consorziate o socie.

Oltre alle novità suesposte, bisogna ricordare che con tale decreto legislativo si introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano una disciplina del microcredito, con la modifica dell'art. 111 t.u.b., sottoponendo i soggetti che operano in questo settore ad una vigilanza alleggerita.²⁶² Anch'essi sono tenuti all'iscrizione in un apposito elenco tenuto dall'autorità di vigilanza, ovvero dalla Banca d'Italia. Pertanto, in tal caso, l'autorità eserciterà i propri poteri nei confronti degli iscritti, potendo richiedere la presentazione di atti e documenti e potendo anche svolgere ispezioni presso gli stessi.²⁶³ L'iscrizione nell'elenco è subordinata come per gli altri intermediari al possesso di determinati requisiti organizzativi, di oggetto sociale e qualitativi. E' prevista, poi, una distinzione tra il microcredito per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, nel qual caso il finanziamento non può essere superiore ad euro 25 mila, non assistito da garanzie reali e accompagnato da servizi di assistenza e monitoraggio e concesso solo a persone fisiche, società di persone e società cooperative, e il microcredito esercitato in via non prevalente a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica e sociale, non superiore ad euro 10 mila, non assistito da garanzie reali e accompagnato da servizi di bilancio familiare, concesso a persone fisiche a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle rinvenibili prevalentemente sul mercato.²⁶⁴ Secondo le modifiche apportate all'art. 111 t.u.b. dal d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169, qualora i soggetti decidano di svolgere questa seconda tipologia di attività, è necessario che essi la svolgano congiuntamente alla prima descritta.

Le Disposizioni di vigilanza, come del resto anche la normativa bancaria, presentano comunque alcune imperfezioni da intendersi nel senso di previsioni di difficile comprensione o applicazione pratica. Si pensi, ad esempio, al requisito degli stretti legami che viene introdotto per gli intermediari finanziari con la riforma del

²⁶² Analogamente a quanto si prevede per i mediatori creditizi e gli agenti.

²⁶³ Va ricordato che la previsione della tenuta dell'elenco da parte dell'autorità di vigilanza è di recente introduzione, in quanto nella primaria versione della disciplina del microcredito tale elenco era tenuto da un Organismo di diritto privato, istituito nella forma di associazione. È con il d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169, che vengono apportate alcune modifiche al Titolo V del Testo unico bancario tra cui l'introduzione di questa novità. L'organismo di cui sopra verrà costituito solamente nel caso di un numero di iscritti sufficiente a consentirne la costituzione, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la stessa Banca d'Italia.

²⁶⁴ BERNERI F., GOFFREDO M. A., *op. cit.*, pag. 1496.

Titolo V del Testo unico bancario. Nelle Disposizioni di vigilanza, al Titolo I, Capitolo 1, Sezione I, paragrafo 3, si trova la definizione di stretti legami cui far riferimento per la disciplina degli intermediari finanziari. In tale definizione, però, manca qualsiasi rimando ad articoli del codice civile o di altra previsione legislativa che garantiscano una completezza definitoria quale dovrebbe sussistere nell'ambito di una normativa secondaria, come quella che si sta analizzando. La definizione di cui si sta parlando, infatti, fa riferimento, ad esempio, alla nozione di controllo senza nulla dire in merito. Se ci si riferisce pertanto esclusivamente alla sola nozione di stretti legami questa risulta incompleta in quanto mancante della nozione di controllo cui far riferimento per la verifica del possesso di tale requisito in sede di rilascio dell'autorizzazione. Con riferimento al tema delle partecipazioni al capitale degli intermediari finanziari, ci si riferisce all'art. 23 t.u.b. in relazione alla definizione di controllo, il quale rimanda poi all'art. 2359 del codice civile. Potrebbe risultare ridondante la specificazione e il rimando a tale articolo anche in sede di definizione degli stretti legami ma questo avrebbe certamente semplificato la comprensione per gli operatori del settore. Se si guarda, infatti, al codice delle assicurazioni private, questo prevede una definizione dettagliata degli stretti legami, rimandando all'articolo, già citato, 2359 del codice civile e a disposizioni dello stesso codice, cosa che sarebbe stata opportuna in tale sede anche con riferimento agli intermediari finanziari. Un altro aspetto che merita una disamina un po' più approfondita è quello che riguarda il riferimento ai decreti emanati dal Ministro dell'economia e delle finanze, *ex* Ministro del tesoro. I decreti cui ci si riferisce rilevano in materia di requisiti per esponenti aziendali e partecipanti al capitale sociale degli intermediari finanziari non bancari. Per quanto riguarda il primo tema ci si riferisce nella disciplina previgente al decreto ministeriale n. 516 del 30 dicembre 1998, mentre con la riforma del Titolo V del Testo unico bancario il decreto di riferimento è il n. 161 del 18 marzo 1998 antecedente a quello sopra menzionato. Il decreto 516/1998 riproduce esattamente quanto disposto dal precedente decreto, ovvero il 161/1998. Quest'ultimo, infatti, disciplina la medesima materia ma in ambito bancario. È chiaro, anche in questa sede, il tentativo di assimilare pertanto gli intermediari finanziari alle banche. Ciò avviene non soltanto attraverso la predisposizione di regole uguali a quelle previste per le banche, cosa peraltro avvenuta già nei primi anni di entrata in vigore del Testo unico bancario, ma anche e soprattutto

attraverso il riferimento, con la riforma del Titolo V, direttamente alle disposizioni sul tema previste per le banche. La medesima situazione si prospetta anche con riferimento ai requisiti richiesti per i partecipanti al capitale sociale degli intermediari finanziari non bancari. In particolare, il decreto ministeriale predisposto per quest'ultima categoria di soggetti è il n. 517 del 30 dicembre 1998, mentre nelle Disposizioni di vigilanza si fa riferimento al decreto n. 144 del 18 marzo 1998 predisposto per le banche. Probabilmente il riferimento ai decreti ministeriali emanati appositamente per gli intermediari finanziari non bancari, nella logica della Banca d'Italia, avrebbe vanificato gli sforzi dell'autorità di vigilanza nella predisposizione delle stesse Disposizioni di vigilanza improntate su una visione degli intermediari quali soggetti *near banks*. Rimanendo in tema di difficoltà applicative, va evidenziato anche il problema della definizione del requisito di indipendenza per gli esponenti aziendali degli intermediari finanziari non bancari. È vero, infatti, che tale requisito è stato inserito nel diritto societario in generale solamente a seguito di una riforma attuata nel 2004, con l'emanazione del d.lgs. 37/2004. Il problema che si è posto fin da subito in ambito bancario era relativo alla necessità di un intervento da parte del Ministro dell'economia e delle finanze al fine di introdurre un decreto ministeriale che recasse le norme per l'individuazione di tale requisito, nonché le eventuali situazioni di impedimento all'assunzione della carica per difetto dello stesso e i casi di decadenza dalla carica, cosa che, peraltro, era già stata fatta per i requisiti di onorabilità e professionalità degli stessi esponenti aziendali. L'intervento auspicato, però, non è ancora arrivato, lasciando, quindi, gli operatori del settore in una situazione di incertezza legata alla mancanza di una regolamentazione della disciplina cui far riferimento nell'assegnazione delle cariche di esponenti aziendali. Il requisito dell'indipendenza risulta fondamentale nella persona degli esponenti aziendali al fine di ridurre, o preferibilmente eliminare, le potenziali influenze provenienti nella maggioranza dei casi dagli azionisti²⁶⁵. Fino all'emanazione del decreto ministeriale, i soggetti interessati dovranno attenersi alle disposizioni di legge relativamente ai diversi soggetti componenti l'organo coinvolto, e ad indicare nel proprio statuto sociale la definizione cui far riferimento. Per quanto attiene le banche, come già

²⁶⁵ DE LILLO E., *Commento sub art. 26*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 309 ss.

evidenziato in precedenza, l'articolo di riferimento è il 2387 del codice civile, secondo il quale lo statuto sociale, può, appunto, subordinare l'assunzione delle cariche degli esponenti aziendali al possesso dei requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza, anche con riferimento a codici di comportamento redatti da associazioni di categoria. Tale previsione, per effetto del combinato disposto con altre norme del codice civile, si applica anche ai membri del consiglio di gestione nel sistema dualistico e ai membri del consiglio di amministrazione nel sistema monistico. Nelle Disposizioni di vigilanza nulla si dice in merito a tale requisito, alimentando, quindi, i dubbi degli operatori del settore. Manca, infatti, oltre ad un adeguato decreto ministeriale di riferimento anche qualsiasi rimando alle previsioni per l'ambito bancario, mancando, d'altronde anche in tal caso una regolamentazione più specifica.

Attualmente, gli intermediari finanziari non bancari che rientrano nella categoria disciplinata dal Titolo V del Testo unico bancario rispondono ancora alla disciplina previgente rispetto alla modifica introdotta dal d.lgs. 141/2010, e questo fino all'emanazione della disciplina secondaria definitiva. Pertanto, il momento di maggior difficoltà per i soggetti operanti nel settore e per le autorità coinvolte sarà certamente quello del passaggio alla nuova disciplina, che comporterà innanzitutto l'assoggettamento a controlli più stringenti e l'applicazione di una normativa, che, per alcuni versi, è completamente diversa da quella fino ad ora adottata. Basti pensare alla sola modifica della riserva di attività che, con la nuova disciplina, prevede la sola concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, o l'introduzione dell'albo unico che, quindi, comporterà un cambio di iscrizione per tutti gli intermediari finanziari che continueranno a svolgere la propria attività, qualora in possesso dei necessari requisiti, assoggettandosi alla disciplina del nuovo Titolo V del Testo unico bancario. Va sottolineato, però, che l'autorità di vigilanza nella stesura delle bozze ha tenuto conto delle caratteristiche operative degli intermediari interessati dal passaggio alla nuova disciplina. Se si legge, infatti, la relazione sull'analisi d'impatto redatta dalla stessa Banca d'Italia, si può notare come, ad esempio, in merito al tema delle partecipazioni detenibili dagli intermediari finanziari stessi, l'autorità abbia previsto le conseguenze dell'applicazione di tre diverse discipline. Per ognuna di esse, vengono presi in considerazione i vantaggi e gli svantaggi derivanti da un'effettiva applicazione delle stesse sugli intermediari e sulla loro operatività. In tal caso, ad esempio, la soluzione

adottata, secondo le valutazioni della Banca d'Italia non avrà ripercussioni sugli intermediari in termini di minori possibilità operative, ma soltanto in termini di minori possibilità di arbitraggio regolamentare nei confronti delle banche e minori rischi di immobilizzo eccessivo e di concentrazione, garantendo, quindi, una maggior stabilità degli operatori del settore. Nonostante le accortezze che la Banca d'Italia e le autorità coinvolte potranno mettere in atto, il passaggio alla nuova disciplina non sarà comunque semplice e immediato. Manca completamente, infatti, la previsione di una disciplina transitoria che accompagni gli intermediari finanziari già esistenti nel passaggio da una disciplina ad un'altra. È questo uno dei punti deboli delle Disposizioni di vigilanza, che certamente gli operatori interessati dalla consultazione metteranno in luce quale difetto, tra le cause dell'incertezza relativamente alla nuova disciplina. Nonostante quanto detto fino ad ora, le Disposizioni di vigilanza, o perlomeno le bozze che si sono analizzate, hanno comunque rappresentato un'importante svolta nel panorama dell'intermediazione finanziaria, realizzando, a tutti gli effetti, la tanto attesa e richiesta riforma del Titolo V del Testo unico bancario. Osservando tale riforma, è possibile notare come certamente i criteri e i principi cui il Consiglio dei Ministri avrebbe dovuto attenersi nella predisposizione del testo normativo riformante il Titolo V sono stati rispettati. Per quanto attiene, invece, l'effettiva rispondenza alle necessità del mercato dell'intermediazione finanziaria, vi sono ancora alcune lacune presenti nel documento sottoposto a consultazione. Il comparto dell'intermediazione, infatti, aveva subito già da qualche anno un inasprimento dei requisiti per l'esercizio dell'attività,²⁶⁶ ancora prima dell'emanazione del d.lgs. 141/2010, che, assieme all'aumento dei controlli da parte dell'autorità di vigilanza, aveva fatto sì che il numero degli intermediari effettivamente operanti fosse sceso a 760 iscritti alla data del 10 marzo 2012. Se si osserva il documento sottoposto a consultazione nella sua completezza, in particolare, la relazione sull'analisi di impatto, si può facilmente notare che questa risulta essere estremamente ridotta. I temi

²⁶⁶ Ci si riferisce, in tal senso, alla Circolare della Banca d'Italia del 5 gennaio 2009, al decreto ministeriale del Ministro dell'economia e delle finanze n. 29 del 17 febbraio 2009 e al Provvedimento della Banca d'Italia del 14 maggio 2009, i quali avevano rispettivamente introdotto l'obbligo di segnalazioni statistiche su dati patrimoniali e reddituali per gli intermediari iscritti nell'elenco generale, ridefinito i requisiti per l'accesso al settore e lo svolgimento delle attività di cui all'ex art. 106 t.u.b.

che vengono affrontati, infatti, sono soltanto il capitale sociale, la concentrazione dei rischi e le partecipazioni detenibili. A fronte di un testo normativo che ha completamente rinnovato il comparto dell'intermediazione finanziaria, gli operatori del settore certamente si sarebbero aspettati da parte della Banca d'Italia un maggiore sforzo, anche soltanto a livello comunicativo. Se si pensa, infatti, che l'entrata in vigore delle Disposizioni di vigilanza comporterà un cambiamento radicale del comparto in oggetto, si sarebbe dovuto, perlomeno, considerare l'impatto dell'assoggettamento degli intermediari finanziari ad una disciplina e ad una vigilanza equivalente a quella prevista per le banche. Se ci si riferisce, poi, al tanto citato criterio di proporzionalità, la previsione di un'implementazione della disciplina per stadi forse avrebbe risolto molti dei problemi che nasceranno in fase di effettiva applicazione della disciplina stessa. Probabilmente anche una valutazione dei costi e dei benefici derivanti dalla disciplina, avrebbe consentito agli operatori interessati di giungere più facilmente ad un giudizio oggettivo su quanto era oggetto di consultazione. Tali aspetti non sono stati minimamente presi in considerazione dall'autorità di vigilanza nella stesura della relazione dell'analisi di impatto, parte integrante della consultazione. Il maggior difetto della relazione in oggetto è, però, il riferimento a dati non aggiornati, in quanto quelli utilizzati risalgono al 31 dicembre 2010, poco idonei a descrivere una situazione che aveva subito soprattutto negli ultimi anni un notevole cambiamento. Il grande lavoro fatto dal legislatore merita, però, attenzione soprattutto in relazione alla volontà di ridefinire l'intero settore dell'intermediazione finanziaria senza fondarlo nuovamente, ma solamente attraverso un innalzamento dei requisiti in fase autorizzativa e l'implementazione del sistema di vigilanza. Se è vero, però, che questo può essere visto come un pregio del lavoro fatto, va evidenziato che si tratta più che altro di un continuo rimando alla normativa prevista per le banche, più che di una presa di posizione sul tema degli intermediari finanziari. Non si è tenuto conto, infatti, delle specificità che caratterizzano gli intermediari finanziari stessi, facendo uno smodato utilizzo della tecnica del rinvio, che non facilita certamente la comprensione per gli operatori. Probabilmente, la predisposizione di un testo normativo privo di rinvii avrebbe reso l'applicazione, ma anche soprattutto il giudizio dello stesso, molto più semplice. La peculiarità degli intermediari finanziari non bancari è rappresentata, come si è già evidenziato nel corso della trattazione, dal fatto di erogare credito nei confronti

di privati e imprese attraverso l'utilizzo di fondi propri o reperiti sul mercato del credito. Da tale constatazione, è semplice notare la differenza rispetto alle banche, delle quali mutuano quasi completamente la disciplina. Per tale motivo, il fine ultimo della sana e prudente gestione dovrebbe essere, probabilmente, graduato in base alla rischiosità dell'operatore cui si fa riferimento,²⁶⁷ in particolare dovrebbe essere riposta maggiore attenzione sugli operatori che svolgono la propria attività con fondi raccolti tra il pubblico, piuttosto che con fondi propri o ottenuti da operatori professionali.²⁶⁸ Sulla base di queste considerazioni, pertanto, anche la disciplina necessiterebbe di una gradazione o, perlomeno, sarebbe stato preferibile un diverso approccio. Va sottolineato, infatti, che una completa equiparazione alle norme bancarie per gli intermediari finanziari non bancari non giova certamente a questi ultimi e al funzionamento dell'intero sistema finanziario, attraverso l'imposizione di barriere all'entrata, con la conseguente lesione del principio di concorrenza. Le barriere all'entrata, infatti, potrebbero portare ad una riduzione dell'offerta creditizia legale per la clientela, in particolare per il comparto delle piccole e medie imprese e della clientela cosiddetta "non bancabile", cosa, peraltro, già successa nel corso degli ultimi anni a seguito dell'inasprimento dei requisiti per l'accesso e lo svolgimento dell'attività nel settore dell'intermediazione. L'imposizione di questi oneri in merito all'accesso al mercato finanziario potrebbe comportare degli oneri eccessivi per gli operatori già presenti e di nuova costituzione, con la possibile scomparsa di molti degli stessi dal mercato e il conseguente danno per la clientela che si rivolgeva a loro. Per tale motivo, non sembra la soluzione migliore quella dell'innalzamento delle barriere per ottenere una maggior stabilità del settore in un momento caratterizzato già di per sé dalla restrizione del credito, che potrebbe sfociare nell'aumento del ricorso al circuito illegale gestito dalla criminalità organizzata. E ciò sarebbe altrettanto incoerente se si ricorda che fu proprio la lotta al riciclaggio, e più in generale al crimine organizzato, uno dei motivi per cui si introdusse la disciplina degli intermediari finanziari non

²⁶⁷ È vero, infatti, che non vi potrebbero essere danni al risparmio del pubblico in caso di insolvenza di un intermediario finanziario.

²⁶⁸ Si pensi alla sola previsione per gli intermediari finanziari di un presidio contro il rischio di liquidità. La particolarità di tutto ciò risiede nel fatto che a questi soggetti è consentita la raccolta del risparmio tra il pubblico nella sola forma dell'emissione di prestiti obbligazionari. La medesima possibilità è data anche alle società costituite nella forma delle S.p.A., che a parità, non sono sottoposte ad alcun tipo di controllo prudenziale per questo motivo.

bancari. Va sottolineato, poi, che il nuovo procedimento autorizzativo richiede l'implementazione delle strutture aziendali per gli intermediari già esistenti e il sostenimento di ingenti costi per quelli di nuova costituzione, cosa che certamente risulta poco considerevole degli stessi soggetti, dal momento che in caso di diniego dell'autorizzazione, tali costi sarebbero stati sostenuti a vuoto. In caso di rilascio dell'autorizzazione, poi, i maggiori costi presumibilmente verrebbero fatti gravare sulla clientela stessa, aumentando il costo del credito e riducendo, di conseguenza, le possibilità di concorrenza con il settore bancario. Ciò, con l'andare del tempo, potrebbe comportare l'uscita dal mercato finanziario di molti operatori. Sulla base di queste considerazioni, va evidenziato anche il problema relativo al programma di attività che gli intermediari devono redigere relativamente al primo triennio, che potrà rivelarsi estremamente aleatorio se si pensa alla totale incertezza che ha caratterizzato in particolare questi ultimi anni.

Si auspica, quindi, che gli operatori del settore, attraverso l'importante strumento dell'invio dei commenti all'autorità di vigilanza in fase di consultazione, abbiano rilevato queste non poco trascurabili difficoltà relativamente alla nuova disciplina applicabile. Qualora questo non fosse avvenuto, si auspica che sia la stessa autorità di vigilanza ad apportare le necessarie modifiche al fine di non soffocare il comparto dell'intermediazione finanziaria, già provato da una serie di norme che avevano inasprito le regole loro applicabili negli ultimi anni e dalla recente crisi economica, che non li ha lasciati indenni.

Bibliografia

AMOROSINO S., *La funzione di vigilanza sulle banche nel testo unico e il ruolo della Banca d'Italia*, in *Bancaria*, 1995, n. 5, pag. 50 ss.

ANTONUCCI A., *Gli intermediari finanziari "residuali" dalla legge antiriciclaggio al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Rassegna Economica*, 1994, pag. 245 ss.

ANTONUCCI A., *Commento sub art. 106, 107 e 155*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI F., PORZIO M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, pag. 1809 ss.

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*⁴, Milano, 2009.

ANTONUCCI A., *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. n. 141/10 – profili di sistema*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, pag. 30 ss.

BELVISO U., *Gli intermediari finanziari residuali (tra storia e nomenclatura)*, in BELLI F., CONTENTO G., PATRONI GRIFFI F., PORZIO M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, pag. 1785 ss.

BENATTI L., *Il capitale minimo nella disciplina degli intermediari finanziari*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1998.

BERNERI F., GOFFREDO M. A., *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Le Società*, pag. 1491 ss.

BERTONI A., *Aspetti monetari dell'attività degli intermediari finanziari non bancari*, Milano, 1970.

BORGOMEIO C. (a cura di), *Microcredito. Dimensioni e prospettive del prestito sociale e imprenditoriale in Italia*, Roma, 2012.

BRESCIA MORRA C., *La disciplina dei controlli pubblici sulla finanza*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*², Padova, 2010, pag. 336 ss.

BRESCIA MORRA C., *Commento sub art. 25*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 202 ss.

BRESCIA MORRA C., *Commento sub art. 25*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 302 ss.

CAPOLINO O., *Disciplina delle crisi, Banche, Amministrazione straordinaria*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*², Padova, 2000, pag. 265 ss.

CAPRIGLIONE F., *Autonomia giuridica e strumentalità della funzione nel rapporto UIC Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, pag. 379 ss.

CAPRIGLIONE F., *Commento sub art. 106*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1378 ss.

CAPRIGLIONE F., *Evoluzione della disciplina di settore*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*², Padova, 2010, pag. 185 ss.

CAPRIGLIONE F., *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, pag. 196 ss.

CARRETTA A. (a cura di), *Gli intermediari finanziari non bancari. Profili gestionali, analisi di bilancio e valutazione della performance*, Milano, 1995.

CARRETTA A. (a cura di), *Banche e intermediari non bancari: concorrenza e regolamentazione*, Roma, 1998.

CARRIERO A. M., *Disciplina ed operatività degli intermediari finanziari*, in RISPOLI FARINA M. (a cura di), *Studi sugli intermediari finanziari non bancari*, Napoli, 1998, pag. 21 ss.

CASTALDI G., *Il testo unico bancario tra innovazione e continuità*, Torino, 1995.

CERA M., *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pag. 214 ss, nonché in MORERA U., NUZZO A. (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, vol. I, *I soggetti e i controlli*, Milano, 1996, pag. 197 ss.

CIRASOLE D., *Gli intermediari finanziari residuali ex artt. 106 e 107 t.u.b.*, in *Magistra, Banca e Finanza* – www.tidona.com - ISSN: 2039-7410, 2007.

CLEMENTE F., *Commento sub art. 106*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 844 ss.

COLAVOLPE A., *Il c.d. decreto unificato sugli intermediari finanziari non bancari*, in *Le società*, 2009, pag. 1153 ss.

COLOMBI S., *La holding e il gruppo di imprese*, Rimini, 2011.

COSCARELLI A., MONFREDA N., *La sorveglianza istituzionale dell'intermediazione finanziaria. Le dinamiche dell'attività svolta dalla Guardia di Finanza*, Macerata, 2007.

COSTI R., *L'identificazione dei soci delle società bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 1986, pag. 231 ss.

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986.

COSTI R., *Verso un diritto comune degli intermediari finanziari non bancari?*, in RESTUCCIA G. (a cura di), *L'attività parabancaria. Evoluzione e prospettive*, Milano, 1987, pag 3 ss.

COSTI R., *Intermediari finanziari non bancari e mercato mobiliare*, in *Politica del diritto*, 1988, pag. 506 ss.

COTTERLI S., *Gli intermediari finanziari nel testo unico sul credito*, in *Banca, impr. soc.*, 1994, pag. 89 ss.

COTTERLI S., *La disciplina degli intermediari finanziari nella legge n. 197 del 5 luglio 1991*, in *Banca, impr. soc.*, 1992, pag. 271 ss.

CRISCUOLO L., *Commento sub art. 110*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 867 ss.

CRISCUOLO L., *Commento sub art. 111*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 871 ss.

CRISCUOLO L., OLIVIERO E., *Commento sub art. 112*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 877 ss.

CRISCUOLO L., *Commento sub art. 113*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 880 ss.

CRISCUOLO L., *Commento sub art. 114*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 883 ss.

CRISCUOLO L., *Gli intermediari finanziari non bancari: attività, regole e controlli*, Bari, 2003.

DE BENEDETTO M., *Commento sub art. 113-bis*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1493 ss.

DE LILLO E., *Commento sub art. 26*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 309 ss.

DI BRINA L., *La crisi della banca e degli intermediari finanziari*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*², Padova, 2010, pag. 691 ss.

DI CHIO G., *La sollecitazione al pubblico risparmio: profili di qualificazione*, in *Riv. Soc.*, 1988, pag. 801 ss.

DI CHIO G., *Commento sub art. 4 l. 5 luglio 1991, n. 197*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pag. 1000 ss.

DI CHIO G., *Commento sub art. 6 l. 5 luglio 1991, n. 197*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pag. 1044 ss.

DI MAIO F., *Le attività riservate ai soggetti che operano nel settore finanziario*, in *Le società*, 1994, pag. 1345 ss.

FERRARI A., *Gli intermediari finanziari non bancari*, Milano, 1981.

FERRARINI G., *Il carattere pubblico della sollecitazione del risparmio*, in *Giur. Comm.*, 1990, pag. 1013 ss.

FLICK G. M., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, in *Riv. Soc.*, 1991, pag. 433 ss.

FRATINI M., *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

GALANTI E. (a cura di), *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, in PICOZZA E., GABRIELLI E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, V, Padova, 2008.

GIORGIANNI F., TARDIVO C. M., *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*³, Milano, 2012.

GIUSTI M., PASSALACQUA M., *Commento sub art. 113-ter*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1501 ss.

GRECO G. L., *Le società di merchant banking*, in SANTORO V. (a cura di), *Le società finanziarie*, Milano, 2000, pag. 501 ss.

GRECO G. L., *Gli intermediari finanziari nel testo unico bancario*, Pisa, 2006.

GRECO G. L., *Prime riflessioni sulla riforma degli intermediari finanziari*, in *Dir. banca, merc. fin.*, 2011, II, pag. 213 ss.

LA TORRE M. R., *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in PICOZZA E., GABRIELLI E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, VIII, Padova, 2010.

LIMONE E., *Il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 e la nuova disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in SEPE M. (a cura di), *Rivista Elettronica di Diritto, Economia e Management*, 2011, I, pag. 149 ss.

LEMMA V., *La riforma degli intermediari finanziari non bancari nella prospettiva di Basilea III*, in SEPE M. (a cura di), *Rivista Elettronica di Diritto, Economia e Management*, 2011, I, pag. 184 ss.

LOCANTORE S., *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in <http://www.uniroma2.it/didattica/MERCATIFINANZIARI/>

LOMBARDI PIRONE A., *Commento sub art. 26*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova, 2001, pag. 208 ss.

MAIMERI F. (a cura di), *Il coordinamento della riforma del diritto societario con i testi unici della banca e della finanza (Commento ai d.lgs. n. 37 e n. 310 del 2005)*, Milano, 2006.

MANCINI M., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., SCIARRONE ALIBRANDI A., TROIANO O. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011.

MARANO P., *Gli intermediari finanziari del Titolo V: i controlli*, in SANTORO V. (a cura di), *Le società finanziarie*, Milano, 2000, pag. 69 ss.

MARCHETTI P., *La costruzione di una disciplina organica del mercato mobiliare*, in *Giur. Comm.*, 1985, pag. 242 ss.

MARCHETTI P. G., *Note introduttive al testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, in *Riv. Soc.*, 1993, pag. 1148 ss.

MASI P., *Prime note sulla legge antiriciclaggio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, pag. 139 ss.

MAZZINI F., *I requisiti dei partecipanti e degli esponenti aziendali*, in SANTORO V., *Le società finanziarie*, Milano, 2000, pag. 217 ss.

MAZZINI F., *Le società di partecipazione e le società holding*, in SANTORO V., *Le società finanziarie*, Milano, 2000, pag. 471 ss.

MAZZINI F., *Commento sub art. 25*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 247 ss.

MAZZINI F., *Commento sub art. 26*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 254 ss.

MEZZACAPO S., *Intermediari finanziari non bancari e obblighi di trasparenza contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, pag. 510 ss.

MINERVINI G., *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. Comm.*, 1992, pag. 5 ss.

MINERVINI G., *Dal decreto 481/92 al testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Giur. Comm.*, 1993, pag. 825 ss.

MONACI E., *La struttura della vigilanza sul mercato finanziario*, Milano, 2007.

NIGRO A., *Intermediari finanziari: problemi e prospettive di disciplina*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1988, pag. 491.

NIGRO A., *Le ragioni del controllo degli intermediari finanziari*, in CORVESE C. G., SANTORO V. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro nella legislazione civile e penale*, Milano, 1996, pag. 538 ss.

PELLEGRINI M., *Il controllo sugli intermediari finanziari non bancari. Aspetti problematici ed orientamenti giurisprudenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, pag. 57 ss.

PELLEGRINI M., *La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari. Da un riscontro di regolarità alla "supervisione"*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, pag. 285 ss.

PERASSI M., *Commento sub art. 7 l. 5 luglio 1991, n. 197*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pag. 1057 ss.

PERASSI M., *Commento sub art. 107*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 852 ss.

PERASSI M., *Commento sub art. 108*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 859 ss.

PERASSI M., *Commento sub art. 109*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*², Padova 2001, pag. 863 ss.

PERFETTI L., *Commento sub art. 107*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1397 ss.

PORTALE G. B., *Normativa antiriciclaggio e finanziarie di gruppo*, in *Riv. Soc.*, 1992, pag. 715 ss.

PRINCIPE A., *L'impresa finanziaria*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1998.

PROSPERETTI A., COLAVOLPE A., *Banche, assicurazioni e gestori del risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, in *Le società*, 2009, pag. 409 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 106*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 852 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 107*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 857 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 108*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 865 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 109*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 869 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 110*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 873 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 111*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 876 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 112*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 881 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 113*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 884 ss.

ROTONDO G., *Commento sub art. 114*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M. e SANTORO V. (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, pag. 887 ss.

RUGGIERO C., *Le società finanziarie. Obblighi, vigilanza e sanzioni per gli intermediari*, Milano, 2010.

SALANITRO N., *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000.

SANTONOCITO G., *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in FERRO-LUZZI P., CASTALDI G., (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il testo unico delle leggi sulla intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione: commentario*, Milano, 1996, pag. 1683 ss.

SEPE M., *Il risparmio gestito*, Bari, 2000.

TANTINI G., *Capitale e patrimonio nella società per azioni*, Padova, 1980.

TARGETTI R., *La prevenzione del riciclaggio tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Le Società*, 1991, pag. 1175 ss.

TROIANO V., *I soggetti operanti nel settore finanziario*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*², Padova, 2010, pag. 587 ss.

TROISI A., *Commento sub art. 110*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*³, Padova, 2012, pag. 1446 ss.

URBANI A., *La riforma della governance e delle competenze della Banca d'Italia*, in DE ANGELIS L., RONDINONE N. (a cura di), *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, Torino, 2008, pag. 460 ss, nonché in *Dir. banca e merc. fin.*, 2008, I, pag. 273 ss.

VALENTINO P., *Soggetti operanti nel settore finanziario*, in CAPRIGLIONE F. (a cura di), *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari*², Padova, 2000, pag. 429 ss.

VELLA F., *Le società holding*, Milano, 1993.

VOLPE F., *L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, pag. 643 ss.

Riferimenti normativi

D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, recante «Testo unico delle legge in materia bancaria e creditizia», in Supplemento Ordinario n. 92 alla Gazzetta Ufficiale n. 230 del 30 settembre 1993.

D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, recante «Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione», in Supplemento Ordinario n. 268 alla Gazzetta Ufficiale n. 290 del 14 dicembre 2007.

Legge comunitaria 88/2009, recante «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee», in Gazzetta Ufficiale n. 161 del 14 luglio 2009.

Circolare Ministro del Tesoro 26 giugno 1992, n. 1, recante «Disposizioni in ordine all'elenco degli intermediari operanti nel settore finanziario di cui al capo II del decreto-legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito dalla legge 5 luglio 1991, n. 197», in Gazzetta Ufficiale n. 174 del 25 luglio 1992.

D.lgs. 19 settembre 2012, n. 169, recante «Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo V del testo unico bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi», in Gazzetta Ufficiale n. 230, del 2 ottobre 2012.

D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante «Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52», in Supplemento Ordinario n. 52 alla Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 1998.

D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, recante «Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico

bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi», in Supplemento Ordinario n. 212 alla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 4 settembre 2010.

D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, recante «Codice delle assicurazioni private», in Supplemento Ordinario n. 163 alla Gazzetta Ufficiale n. 239 del 13 ottobre 2005.

D.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito con modificazioni in legge 5 luglio 1991, n. 197, in Gazzetta Ufficiale n. 157 del 6 luglio 1991, e successivamente modificato dal decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 153, in Gazzetta Ufficiale n. 136 del 13 giugno 1997, recante «Provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio»

Decreto del Ministro dell'economia e delle finanze del 17 febbraio 2009, n. 29, recante «Regolamento recante disposizioni in materia di intermediari finanziari di cui agli articoli 106, 107, 113 e 155, commi 4 e 5 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385», in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 78 del 3 aprile 2009.

Decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica del 18 marzo 1998, n. 161, recante «Norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali delle banche e delle cause di sospensione», in Gazzetta Ufficiale n. 122 del 28 maggio 1998.

Decreto del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica del 18 marzo 1998, n. 144, recante «Norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante», in Gazzetta Ufficiale n. 109 del 13 maggio 1998.

Documento sottoposto a consultazione nel mese di gennaio 2012 recante «Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari, attuazione del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141»

Decreto Legislativo 26 agosto 1998, n. 319, recante «Riordino dell'Ufficio italiano dei cambi a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 1997, n. 433», in Gazzetta Ufficiale n. 206 del 4 settembre 1998.

Decreto d'urgenza del Ministro dell'economia e delle finanze – Presidente, del 27 luglio 2011, n. 675, recante «Disciplina delle partecipazioni in banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e istituti di pagamento».

Direttiva 2007/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007 che modifica la direttiva 92/49/CEE del Consiglio e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005/68/CE e 2006/48/CE per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. L 247 del 21 settembre 2007.

Decreto Legislativo 4 agosto 1999, n. 342, recante «Modifiche al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», in Gazzetta Ufficiale n. 233 del 4 ottobre 1999.

Giurisprudenza

Tribunale di Milano, Massime onorarie settembre 1994, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1995, I, pag. 118 ss.

Tribunale di Benevento 21 novembre 1995, in *Le società*, 1996, pag. 812 ss.

Risorse Web

GRILLO A., in www.compliancenet.it/content/il-presidio-antiriciclaggio-sufgli-intermediari-finanziari-ex-art-106, consultato a Febbraio 2012.

GRILLO A., in www.compliancenet.it/content/banca-d-italia-consultazione-sullo-schema-delle-disposizioni-di-vigilanza-per-gli-intermediari-finanziari-12-01-2012, consultato a Febbraio 2012.

www.bancaditalia.it/vigilanza

www.uniroma2.it/didattica/MERCATIFINANZIARI

www.cortellazzo-soatto.it

http://leg.unisalento.it/files/images/rivistaelettronica_2011_1.pdf

<http://eur-lex.europa.eu>

http://www.106tub.eu/doc_archivio/quadro_normativo_intermediari.pdf

<http://www.dirittobancario.it>

<http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni>