

2020
n. 1

P.A.
Persona e Amministrazione

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore scientifico

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro".

Comitato di direzione

Antonio Barone, Università di Catania; Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Christine Ferrari-Breur, Université Lyon III Jean Moulin (Francia); Francesco Follieri, Libera Università Mediterranea – LUM "Jean Monnet" di Casamassima; Pierpaolo Forte, Università del Sannio; Biagio Giliberti, Universitas Mercatorum di Roma; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Massimo Monteduro, Università del Salento; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria).

Redattore centrale

Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato di redazione

Adrian Bedford; Angelo Bonaiti; Giuseppina Buia, Maximilian Denicolò; Andrea Gemmi, Roberto Franco Greco; Loriano Maccari; Alberto Marcovecchio; Antonio Micello, Chiara Mulinari; Clara Napolitano; Marina Roma; Gloria Sdanganelli; Federico Romoli.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerredá, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amoroso, Università Telematica Internazionale "UniNettuno"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Galdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del

Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma “Tor Vergata”; Michela Passalacqua, Università di Pisa; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari “Aldo Moro”; Aristide Police, Università di Roma “Tor Vergata”; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Renato Rolli, Università della Calabria; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri “Dante Alighieri” di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Gerolamo Taccogna, Università di Genova; Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Andrea Tucci, Università di Foggia; Alberto Urbani, Università “Ca’ Foscari” di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Direttore responsabile

Francesca Mineo

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione

prof. Alberto Clini

Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza

via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)

Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230

email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli

Telefono: +39 0722 303223

e-mail: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell’Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050**. Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

SOMMARIO

POSITION PAPER

Forme della sovranità della persona. Emergenze e poteri..... p. 5

I – SEZIONE MONOGRAFICA

SALVATORE DETTORI, Coordinamento e dovere d’ufficio nella logica dell’interdipendenza amministrativa p. 21

ENRICO CARLONI, Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e protezione degli interessi p. 51

IPPOLITO PIAZZA, La pretesa a un’amministrazione imparziale. Note sul conflitto d’interessi nel diritto amministrativo p. 63

FABRIZIO FRACCHIA, SCILLA VERNILE, Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell’illecito erariale p. 83

ALBERTO CLINI, funzione monetaria e organizzazione nell’unione europea p. 103

GIANLUCA ROMAGNOLI, Concorrenza e “complementarietà” delle vigilanze economiche p. 131

ROSA CALDERAZZI, L’organizzazione del capitale nell’impresa bancaria p. 143

ANDREA MALTONI, Condizioni che consentono di ‘equiparare’ un’organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell’esercizio di funzioni amministrative e condizioni etero-imposte da cui conseguono effetti conformativi dell’organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici ‘essenziali’ p. 161

ANTONIO BARONE, Emergenza pandemica, precauzione e sussidiarietà orizzontale p. 185

MARIA CRISTINA CAVALLARO, Autodeterminazione del paziente, obiezione di coscienza e obblighi di servizio pubblico: brevi considerazioni sulla struttura del diritto alla salute p. 197

FLAMINIA APERIO BELLA, L’accesso alle tecnologie innovative nel settore salute tra universalità e limiti organizzativi (con una postilla sull’emergenza sanitaria) p. 219

PIERPAOLO FORTE, Diritto amministrativo e *data Science*. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (aai) p. 247

MARGHERITA INTERLANDI, La dimensione organizzativa dell’accoglienza degli immigrati nella prospettiva del diritto ad una “buona amministrazione”: il ruolo

degli enti locali nel bilanciamento degli interessi della persona immigrata e delle comunità “ospitanti”	p. 301
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------

II – STUDI

EMILIE CHEVALIER, Standing before French Administrative Courts and Environmental protection: not specific enough for an effective access to Justice?	p. 317
RICARDO PERLINGEIRO, Funzioni amministrative di attuazione, controllo delle decisioni amministrative e protezione dei diritti	p. 331
FABRIZIO TIGANO, Libere riflessioni sulle diverse latitudini e su alcuni tratti problematici relativamente alla funzione di ordine pubblico (<i>Prima Parte</i>)	p. 367
ANDREA GEMMI, La <i>golden power</i> come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento	p. 381
PASQUALE PANTALONE, Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità	p. 421
DONATO VESE, Stato, mercato, nomos. Sulla funzione dell'amministrazione nel sistema produttivo globale	p. 453

III – OPINIONI E RECENSIONI

GIUSEPPE TROPEA, Recensione a S. Zuboff, <i>Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri</i> , Roma, Luiss University Press, 2019 (con una postilla su Privacy e Covid-19)	p. 479
ANDREA PANZAROLA, Brevi considerazioni a margine del volume di S. Vaccari, <i>Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo</i> (con prefazione di G. Pastori, Torino, Giappichelli, 2017)	p. 493
FABRIZIO FRACCHIA, Elio Casetta	p. 501
GIOVANNI MODAFFERI, La ricerca scientifica tra stato e mercato: la pubblica amministrazione alla sfida della globalizzazione	p. 505
DONATO MESSINEO, Quattro osservazioni in tema di proporzionalità nella vigilanza bancaria	p. 521
LORIANO MACCARI, Il sindacato del giudice amministrativo sulle questioni tecniche	p. 535
MASSIMO MONTEDURO, L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace	p. 545

ROSA CALDERAZZI
Professore associato di Diritto dell'economia
presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa
Università degli Studi di Bari
rosa.calderazzi@uniba.it

L'ORGANIZZAZIONE DEL CAPITALE NELL'IMPRESA BANCARIA

CAPITAL ORGANIZATION IN BANKING COMPANIES

SINTESI

Una riflessione sul ruolo del capitale nell'impresa bancaria consente di offrire una conferma degli interessi tutelati dal sistema bancario.

Nell'impresa bancaria la normativa regolamentare si preoccupa di assicurare un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza di cui la banca dispone e attività della stessa, in considerazione della sua rischiosità, giacché il capitale regolamentare viene commisurato ai rischi assunti dalla banca. I fondi propri diventano così il primo presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria e, al contempo, parametro di riferimento per le valutazioni dell'Autorità di Vigilanza. La determinazione del capitale interno complessivo diventa il frutto di un processo organizzativo che, insieme all'adozione di adeguati sistemi di governo e gestione del rischio di liquidità, costituisce parte integrante della gestione aziendale e contribuisce a determinare le strategie e l'operatività corrente delle banche.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e diventa funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione.

Il legislatore, nelle società bancarie, oltre a irrigidire la disciplina sul capitale, ritiene essenziale il principio della sana e prudente gestione, principio cardine di tutto il sistema del diritto della regolazione.

La sana e prudente gestione diventa funzionale al conseguimento degli scopi che si prefigge l'art. 47 Cost., creando un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio.

Dall'analisi compiuta sulla disciplina del capitale sociale nell'impresa bancaria si possono cogliere tre spunti di riflessione: 1) nel rapporto tra pretese individuali patrimonio e interessi collettivi emerge come ciascuna pretese individuale contenga un segmento di interesse pubblico e assume una valenza organizzativa della società; 2) con la fissazione dei requisiti patrimoniali da parte dell'autorità di vigilanza si comprimono gli spazi di autonomia delle società bancarie per riequilibrare la tutela degli interessi, sicché la regolazione diventa criterio ordinatore dell'autorità e della libertà; 3) l'intervento dell'Autorità di Vigilanza trova la sua legittimazione nell'art. 47 Cost. e persegue lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico inteso come tutela del risparmio, sicché il suo potere si legittima se e nella misura in cui massimizza il godimento dei diritti della persona e bilancia la componente comprimibile di quei diritti.

ABSTRACT

A reflection on the role of the capital in the banking company drives to interests protected by the banking system discovering.

Concerning Banks, the legislation is driven to assure a sufficient link between the “regulatory capital” and Bank’s activities, particularly taking into account risks, therefore “regulatory capital” must be commensurate with risks. Thus, own funds become the first safeguard against banking-related risks and, at the same time, a reference parameter for the assessments of the Supervisory Authority. As a consequence, total internal capital amount is the result of an organization process which, together with the adoption of adequateness of governance and management of liquidity risk, forms an integral part of the company management and contributes to determine the strategies and the current overall operations of the banks.

In conclusion, it must be underlined that capital’s requirements are expression of the adequacy of organization and both, together, realizes the principle of sound and prudent management.

In banking companies, the lawmaker, in addition to tightening the discipline on capital, considers the principle of sound and prudent management as essential as the cardinal principle of the entire system of the regulation law.

The sound and prudent management becomes functional to the achievement of the purposes set by the art. 47 of the Constitution by creating a link between sound and prudent management and the protection of the savings.

From the analysis carried out on the discipline of the social capital in the banking company, three points of reflection can be highlighted: 1) in the relationship between individual claims, assets and collective interests, it emerges how each individual claim effectively contains a segment of public interest and assumes an organizational value of the company; 2) with the establishment of capital requirements by the Supervisory Authority, the autonomy spaces of banking companies are compressed to rebalance the protection of interests, so that regulation becomes an ordering criterion for both authority and freedom; 3) the intervention of the Supervisory Authority finds its legitimation in the art. 47 of the Constitution and pursues the aim of maximizing the public interest intended as protection of savings, so that its power is legitimized if and to the extent of how it maximizes the enjoyment of the rights of the person and balances the compressible component of those rights.

PAROLE CHIAVE: capitale, organizzazione, impresa bancaria, sana e prudente gestione.

KEYWORDS: capital, organization, banking company, sound and prudent management.

INDICE: 1. Le ragioni dell’indagine. – 2. La nozione di capitale nelle società bancarie. – 3. Un raffronto con le società di diritto comune. – 4. La funzione organizzativa del capitale. – 5. Ulteriori spunti di riflessione.

1. Le ragioni dell’indagine

Una riflessione sul ruolo del capitale nell’impresa bancaria costituisce un elemento importante nella costruzione della disciplina bancaria in quanto l’organizzazione finanziaria rappresenta un tassello del più ampio tema della

funzione dell'organizzazione in ambito bancario¹.

L'evoluzione del regime dell'impresa bancaria, nella disciplina dell'attività e dell'organizzazione d'impresa, verso una prospettiva pubblicistica ha portato ad acquisire la consapevolezza che l'adozione di un sistema organizzativo proporzionato, efficiente e razionale rappresenti il presidio migliore, vuoi della correttezza dei comportamenti dell'impresa nei confronti dei clienti e investitori, vuoi del perseguimento degli obiettivi della vigilanza pubblicistica sull'impresa², giacché la crescente valorizzazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, nella disciplina degli intermediari finanziari e nella prospettiva della vigilanza pubblicistica sugli stessi, mira al perseguimento di obiettivi che si identificano con quelli assegnati alla Vigilanza.

In tal senso l'individuazione dell'organizzazione della struttura interna dell'impresa bancaria, di cui il sistema dei controlli interni, è parte integrante diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione e, con essa, alla tutela dei risparmiatori.

Per tali ragioni, la prosecuzione di una riflessione sulla funzione dell'organizzazione spinge l'interprete all'analisi dell'organizzazione finanziaria.

L'importanza del tema rileva non solo perché una corretta organizzazione dei valori finanziari dell'attività d'impresa rappresenta una costante del legislatore/regolatore comunitario, ma anche perché la ricostruzione che se ne darà porterà un'ulteriore conferma della tutela degli interessi.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e serve a monitorare, gestire e correggere i rischi per consentire il rispetto una gestione sana e prudente.

Il capitale sociale, nella sua determinazione complessiva che tiene conto dei requisiti patrimoniali aggiuntivi, costituisce lo strumento con il quale la banca fronteggia i propri rischi, in un contesto nel quale gli interessi da tutelare sono più ampi di quelli delle comuni attività d'impresa.

Ed è questa la ragione per la quale la disciplina del capitale, nell'impresa bancaria, è sempre più assoggettata a interventi normativi e regolamentari invasivi nella fissazione dei requisiti patrimoniali che finiscono per attribuire al capitale sociale un ruolo denso di significati, diventando espressione di un processo organizzativo. E, infatti, come si avrà modo di dimostrare, l'intero sistema elaborato per la misurazione dei requisiti patrimoniali non si limita ad assicurare il rispetto di un principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa, ma diventa funzionale al perseguimento della sana e prudente gestione.

¹ La riflessione sulla funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria trova un suo approfondimento in R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *questa Rivista*, 2019, p. 261.

² Per una riflessione sul sistema dei controlli sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2019, p. 272, ove riferimenti bibliografici sull'adeguatezza organizzativa e sui sistemi di controllo interni.

2. La nozione di capitale nelle società bancarie.

Nell'impresa bancaria la distinzione tipica delle società non bancarie tra capitale nominale e patrimonio netto si rivela inadeguata, in quanto il capitale sociale rappresenta, ai fini della Vigilanza, solo una componente di un più ampio patrimonio, ora chiamato fondi propri.

La disciplina del capitale sociale assume rilevanza ai fini dell'accesso all'attività bancaria quando è richiesto un ammontare minimo sul capitale versato per il rilascio dell'autorizzazione, *durante societate* per computare il patrimonio di Vigilanza; una volta iniziata l'attività bancaria, per la Vigilanza, non rileva più solo il capitale in sé considerato, ma i fondi propri di cui il capitale rappresenta solo uno dei componenti.

La normativa regolamentare si preoccupa di assicurare un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza di cui la banca dispone e attività della stessa, in considerazione della sua rischiosità³, giacché il capitale regolamentare viene commisurato ai rischi assunti dalla banca.

I fondi propri diventano, così, il primo presidio di fronte ai rischi connessi all'attività bancaria e, al contempo, parametro di riferimento per le valutazioni dell'Autorità di Vigilanza.

L'individuazione dei requisiti patrimoniali necessari per la composizione del patrimonio e la determinazione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori è il frutto di regole globali elaborate da comitati e organismi che hanno come finalità quella di individuare misurazioni del capitale e coefficienti patrimoniali minimi uniformi, al fine di approntare una cornice regolamentare comune ed evitare fenomeni di arbitraggio regolamentare o condotte aggressive.

Il Comitato di Basilea e il *Financial Stability Board* incidono sulla individuazione dei requisiti prudenziali di capitale di cui devono dotarsi le banche: il *Financial Stability Board* svolge funzioni ancillari⁴ rispetto al Comitato di Basilea, stabilendo regole che impattano, in qualche misura, sui requisiti prudenziali delle banche.

Il Comitato di Basilea fa parte delle cosiddette reti transnazionali di regolatori, cioè delle strutture informali che coinvolgono soggetti che fanno capo ad amministrazioni nazionali che interagiscono tra di loro, al di fuori di strutture rigide e di negoziazioni formali⁵.

La sensibilità verso i requisiti patrimoniali è presente a tutti i livelli, internazionale, comunitario, nazionale e si manifesta attraverso una pluralità di fonti.

³ v. D. LA LICATA, *La struttura finanziaria della società bancaria: patrimonio, patrimonio netto, patrimonio di vigilanza*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 106 e ss.

⁴ Così si esprime A. PISANESCHI, *La regolazione bancaria multilivello e l'art. 47 della Costituzione*, in M. P. Chiti e V. Santoro (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pisa, Pacini, 2016, p. 156; ID., *Autorità sovranazionali di regolazione finanziaria e diritto costituzionale: brevi considerazioni*, in *Federalismi.it*, 2015, p. 6.

⁵ S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in S. Cassese (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2006, p. 21; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 12; A. CANEPA, *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, Jovene, 2010.

La globalizzazione finanziaria ha portato ad uno spazio giuridico globale, dove si assiste ad un ampliamento dei soggetti che intervengono nell'elaborazione di regole globali⁶.

La crisi finanziaria 2007- 2008 ha rimarcato l'urgenza di una standardizzazione delle regole e la centralità del capitale delle banche come primo presidio dei rischi connessi all'attività bancaria: Draghi nel 2008 e Visco nel 2012 evidenziano come la condizione di adeguatezza del patrimonio bancario sui rischi gestionali costituisca uno dei fondamentali presidi ai quali è affidata la stabilità del sistema bancario, accanto all'adeguatezza dell'assetto organizzativo e alla qualità della *governance* societaria.

La crisi finanziaria ha fatto emergere l'importanza del capitale all'interno delle banche, per una molteplicità di fattori: le ingenti perdite registrate; le perdite attese per effetto della recessione economica e del deterioramento della qualità del credito; l'alto *leverage* preesistente alla crisi, soprattutto presso le *investment banks* americane e alcune grandi banche europee; l'incertezza sulla valutazione degli attivi e sulla qualità del capitale; le esigenze di sostegno al credito in un contesto di recessione.

A partire da quel momento l'Unione Europea ha introdotto una serie di riforme, definendo un nuovo *framework* regolamentare, con l'obiettivo di rafforzare l'adeguatezza patrimoniale degli enti creditizi e delle imprese di investimento, cercando di renderle più resilienti ai possibili *shock* futuri.

Di qui la necessità della previsione di una capitale sociale rafforzato e commisurato ai rischi assunti dalla banca e l'urgenza di una rivisitazione degli Accordi di Basilea i quali, attraverso ripetuti interventi, recepiti dai legislatori e/o regolatori europei e nazionali hanno inciso sulla determinazione della composizione del patrimonio, stabilendo un rapporto minimo tra patrimonio di vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, attraverso la determinazione di coefficienti patrimoniali minimi obbligatori: tanto più le attività sono a rischio, tanto più elevato è l'ammontare del capitale che la banca deve accantonare in quanto al capitale sono assegnate determinate classi in funzione della qualità e del rischio. Il patrimonio della banca viene, così, segmentato in considerazione della qualità dei valori, della stabilità e idoneità degli stessi ad assorbire le perdite, affinché, accanto ad un requisito minimo quantitativo, si preveda una composizione qualitativa dei mezzi patrimoniali che consenta di tutelare gli interessi sottesi.

Nello stesso tempo l'individuazione e la misurazione dei rischi diventano funzionali, non solo alla determinazione dei requisiti patrimoniali minimi, ma anche al controllo prudenziale sull'adeguatezza patrimoniale e ad una implementazione di un'informativa sul mercato.

Le norme sull'adeguatezza patrimoniale contenute negli Accordi stabiliscono la composizione del patrimonio, individuano i rischi a cui è soggetta

⁶ Sulla globalizzazione finanziaria, cfr. F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercato e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.

l'attività bancaria, quantificano l'entità dell'esposizione al rischio, stabiliscono un rapporto minimo tra patrimonio di Vigilanza e ammontare dell'esposizione ai rischi, attraverso la determinazione di appositi coefficienti patrimoniali minimi obbligatori⁷.

⁷ Il principio guida degli Accordi di Basilea, introdotto con il documento del 1988 (Basilea I), ribadito successivamente, è che le banche devono necessariamente dotarsi di un ammontare minimo di mezzi patrimoniali per far fronte ai rischi della propria attività e alle perdite che ne potrebbero scaturire: si parla, infatti, di adeguatezza patrimoniale delle banche. Non è sufficiente garantire la serietà dell'iniziativa intrapresa dai soci, ma occorre assicurare la solidità patrimoniale della società (bancaria) nello svolgimento della propria attività.

Nel 1988 il Comitato raggiunse un primo accordo sui requisiti patrimoniali minimi delle Banche, al fine di limitare la condotta molto "aggressiva" di alcuni istituti di credito, liberi di agire in contesti normativi poco regolamentati: viene così fissato un requisito patrimoniale minimo per fare fronte al rischio di credito (intermediazione creditizia) e al rischio di mercato (compravendita in proprio di strumenti finanziari). Il requisito patrimoniale minimo rappresenta la quota di capitale destinata a proteggere i depositanti dal rischio che gli attivi bancari (prestiti alla clientela) subiscano delle perdite, risultando insufficienti a ripagare i debiti.

Con Basilea 2 viene costruita un'architettura basata su tre pilastri, costituenti un sistema unitario e integrato: i requisiti patrimoniali, il controllo prudenziale, la disciplina di mercato. Viene introdotto il rischio operativo, accanto al rischio di credito e di mercato e criteri di calcolo più affinati nella misurazione del rischio di credito (*rating*).

Con Basilea 3 vengono introdotti standard minimi di liquidità; definizione di capitale regolamentare unitamente alla fissazione di più elevati requisiti patrimoniali; migliore copertura dei rischi di mercato e di controparte, nel senso che le nuove regole prevedono che alcuni parametri chiave per il calcolo dei requisiti, quali il valore a rischio e le correlazioni tra attività, siano calcolati tenendo conto di condizioni di stress; contenimento del livello di leva finanziaria; misure anticicliche per ridurre la "prociclicità" delle regole prudenziali per cui le banche sono chiamate a detenere risorse patrimoniali superiori a quelle minime (*buffer*).

Il Comitato di Basilea, già a partire dal 2015, aveva provveduto a rivedere i concetti di trasparenza delle misure di rischio e di allineamento normativo tra i diversi Paesi.

A dicembre 2017 la *Bank for International Settlements* pubblica il documento "*Basel III: Finalising post-crisis reform*", mentre la Commissione Europea aveva già pubblicato, a novembre 2016, una proposta di modifica delle principali fonti normative, al fine di calibrare i requisiti di capitale e di liquidità mediante aggiornamento della direttiva e del regolamento di competenza (rispettivamente "Draft CRD V" e "Draft CRR II"). L'ampiezza e l'entità di tali riforme regolamentari ha incentivato l'utilizzo convenzionale dell'espressione Basilea 4, evocando una sostanziale riforma rispetto al precedente *framework* regolamentare. A giugno 2019, vengono pubblicate due direttive e due regolamenti del Parlamento europeo e del Consiglio che costituiscono il cd. Pacchetto bancario europeo, volto a completare l'Unione bancaria e l'Unione dei mercati dei capitali e a rafforzare i requisiti patrimoniali delle banche. Il pacchetto bancario, proposto dalla Commissione europea a novembre 2016, apporta modifiche alla vigilanza prudenziale degli enti (CRD IV e CRR) e al risanamento e risoluzione degli enti (BRRD e SRM). Nell'ambito della vigilanza prudenziale e requisiti patrimoniali degli enti è stata emanata la direttiva 2019/878/UE (CRD V) che modifica la direttiva 2013/36/UE (CRD IV) per quanto riguarda le entità esentate, le società di partecipazione finanziaria, le società di partecipazione finanziaria mista, la remunerazione, le misure e i poteri di vigilanza e le misure di conservazione del capitale e il regolamento (UE) 2019/876 (CRR II) che modifica il regolamento (UE) n. 575/2013 (CRR). Tali nuove misure cercano di aumentare la resilienza del sistema bancario e finanziario europeo, adeguando il vigente regime prudenziale alle nuove norme concordate a livello internazionale dal Comitato di Basilea (BCBS) e dal Consiglio per la stabilità finanziaria (*Financial Stability Board*, FSB).

Vastissima è la letteratura su Basilea: cfr. tra i tanti, A. RESTI, A. SIRONI, *La crisi finanzia-*

Ad una maggiore esposizione ai rischi deve corrispondere una più elevata dotazione di capitale proprio: si passa così da una attività di controllo strutturale ad una prudenziale, e contestualmente al susseguirsi delle regole introdotte dagli Accordi di Basilea che ampliano le tipologie di rischi rilevanti.

Senza voler entrare nel dettaglio della disciplina di Basilea, ai fini che qui interessano emerge la circostanza che le regole sui requisiti patrimoniali (primo pilastro), sul controllo prudenziale (secondo pilastro), sulla disciplina del mercato (terzo pilastro) sottendono la medesima preoccupazione: rafforzare la componente patrimoniale dell'impresa bancaria, attraverso una individuazione sempre più dettagliata delle tipologie di rischio e, conseguentemente, tutti gli interventi sono finalizzati al perseguimento di un unico obiettivo, il rispetto del principio di sana e prudente gestione che contiene una formula riassuntiva degli obiettivi che sottostanno all'intera disciplina dell'impresa bancaria.

La complessità e numerosità degli interventi normativi mostra la preoccupazione di una tutela degli interessi che necessita di interventi continui in considerazione della mutevole realtà economica che impone un adattamento costante per la realizzazione dei propri obiettivi.

Una conferma di quanto detto è offerta dalle recentissime misure europee sul capitale delle banche legate all'emergenza sanitaria che contemplano la possibilità, introdotta dalla Bce per le banche significative e recepita da Banca d'Italia per le *less significant*, di operare temporaneamente al di sotto di alcuni *buffer* di capitale e di liquidità⁸: tali previsioni introducono un margine di elasticità, ponendosi solo apparentemente in controtendenza rispetto agli interventi nel tempo predisposti dagli Accordi di Basilea che hanno progressivamente irrigidito i requisiti patrimoniali, cioè in una posizione di arretramento della tutela patrimoniale dell'impresa bancaria, in quanto si collocano in una prospettiva che continua ad interpretare il capitale come uno strumento necessario per la tutela degli interessi in gioco: in un contesto in cui le ricadute sul piano eco-

ria e Basilea 3: origini, finalità e struttura del nuovo quadro regolamentare, WP Carefin, Università Bocconi, n.1/2011; F. CANNATA, M. QUAGLIARELLO, *L'impatto di Basilea2 sulla crisi finanziaria: fra tanti indiziati, un solo colpevole?*, in *Bancaria*, 2009, p. 38; A. RESTI, *L'implementazione di Basilea 2: le nuove regole cambiano il gioco*, in *Bancaria*, 2007, p. 30; AA.VV., *Basilea 2 e piccole banche. Organizzazione, gestione e scelte strategiche*, Stefano Dell'Atti (a cura di), Roma, Bancaria editrice, 2007; M. LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*, in *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004, p. 3 e ss; A. VICARI, *La nuova disciplina di Basilea tra obblighi di capitalizzazione delle banche, costo medio del passivo e obiettivo di riduzione dei tassi di finanziamento per le imprese*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino 2010, p. 11; C. COSTA, *Le regole di Basilea II tra tutela del capitale delle banche e comportamenti virtuosi delle imprese*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 98; M. SCIUTO, *Organizzazione e merito di credito delle società a responsabilità limitata alla luce di "Basilea 2"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, p. 702.

⁸ BCE, *ECB Banking Supervision provides temporary capital and operational relief in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 12 marzo 2020; BCE, *ECB Banking Supervision provides further flexibility to banks in reaction to coronavirus*, comunicato stampa del 20 marzo 2020; Banca d'Italia, *Proroga dei termini e altre misure temporanee per mitigare l'impatto del Covid-19 sul sistema bancario e finanziario italiano*, comunicato stampa del 20 marzo 2020.

nomico di un'emergenza sanitaria rischiano di essere dirompenti si ritiene, a livello europeo, di prevedere interventi di stimolo all'erogazione del credito e di garanzia di tutte quelle dimensioni fondamentali dei diritti che l'esercizio dell'attività bancaria consente.

Il capitale diventa, così, frutto di un processo evolutivo che non può tener conto delle condizioni del contesto economico e sociale.

Dunque, gli interventi sui requisiti patrimoniali mirano sempre allo stesso tipo di tutela mutando, nel tempo, gli strumenti attraverso i quali quegli obiettivi vengono raggiunti.

3. Un raffronto con le società di diritto comune.

Un approfondimento sulla funzione del capitale dell'impresa bancaria non può prescindere da un raffronto della disciplina dettata dal legislatore per le società di diritto comune.

Non è questa la sede per una disamina della complessa disciplina del capitale nelle società di diritto comune, tuttavia appare opportuno evidenziare la diversa prospettiva che il legislatore assume nel diritto societario dove sembra «celebrare l'ufficio funebre del capitale sociale», una sorta di declino del sistema fondato sul capitale sociale⁹: qui, nel tempo, si sono progressivamente succeduti interventi legislativi volti a sminuire la rilevanza del capitale, da un lato, riducendo l'ammontare minimo necessario, sino a renderlo puramente simbolico, dall'altro, allentando la rigidità della sua disciplina¹⁰: con la riforma del 2003 si semplifica la disciplina dei conferimenti in natura nella S.r.l.; con la direttiva n. 68/2006 si alleggerisce la disciplina del capitale introdotta dalla seconda direttiva; nel 2012-2013 si introducono le S.r.l. semplificate e a capitale ridotto che si possono costituire con un solo euro di capitale; si introduce l'articolo 186-*sexties* l.f. che prevede la sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite a partire dal deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o della proposta di accordo; si assiste all'introduzione di deroga alla disciplina della riduzione del capitale per perdite nelle società *start up* innovative e PMI innovative nel 2012 e nel 2015; viene abbassato il minimo legale di capitale del-

⁹ Di recente v. M. CAMPOBASSO, *Il futuro delle società di capitali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2019, p. 138.

¹⁰ G. B. PORTALE, *La parabola del capitale sociale nella s.r.l. (dall'«importanza cuasi-sacramental» al ruolo di «ferro vecchio?»)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 815; ID., *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con «capitale destinato» (capitale sociale quo vadis?)*, in *Riv. soc.* 2010, p. 1237; G. FERRI JR, *Prime considerazioni in tema di società a responsabilità limitata semplificata e di società a responsabilità limitata a capitale ridotto*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, p. 135 ss.; C. MONTAGNANI, *Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 395 ss.; G. DELL'ATTI, *Brevi note sull'applicabilità in quanto compatibile della disciplina sulla riduzione del capitale nelle s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in G. Giannelli e A. Dell'Atti (a cura di), *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 97.

le Spa a 50.000 € nel 2014.

Queste riforme hanno, secondo una parte della dottrina, messo in crisi il ruolo del capitale, in ogni caso, hanno provocato «un arretramento della tutela, in termini di valore, del capitale sociale»¹¹.

Si tratta, evidentemente, di un'evoluzione che conferma la volontà del legislatore di superare le rigidità di alcuni aspetti di disciplina del capitale con una diversità di approccio rispetto a quanto accade nell'impresa bancaria¹².

La differente impostazione, nei confronti del capitale sociale, appare strettamente legata alla finanziarizzazione dell'economia che determina un allentamento dei vincoli della disciplina del capitale e un ampliamento dei canali di finanziamento alternativi alle banche, con conseguente previsione di una pluralità di strumenti di accesso delle imprese al credito non bancario.

Se non che, ad una più attenta analisi, emerge come il legislatore continui a ritenere essenziale l'organizzazione finanziaria dell'attività d'impresa solo che la stessa non passa necessariamente attraverso l'imposizione di rigide regole di formazione del capitale, ma anche attraverso la previsione di strumenti volti a garantire e monitorare la solvibilità di una attività d'impresa.

In particolare, l'indebolimento della disciplina del capitale importa un rafforzamento della esigenza di prevedere regole volte ad assicurare il corretto finanziamento dell'attività d'impresa: ciò in quanto più si allentano le norme sul capitale, più importante si rivela l'individuazione «di un equilibrato sistema di principi, limiti e rimedi, i quali impediscano (o, perlomeno, riducano il pericolo) che l'“attacco” al capitale ... si traduca anche, o si traduca innanzitutto, in attacco ai diritti dei creditori sociali»¹³.

In altri termini il legislatore, anche nelle società di diritto comune, non rinuncia a considerare l'importanza dell'organizzazione del capitale che si manifesta, nella fase iniziale, nella quantificazione della misura dell'investimento da immobilizzare, durante la vita della società, nella esigenza di individuare strumenti volti a consolidare e monitorare l'organizzazione finanziaria: di qui la necessità di approntare strumenti alternativi alla rigida applicazione dei vincoli sul capitale, sempre in ossequio al rispetto del principio di corretto finanziamento quale clausola generale dell'attività d'impresa.

Dunque, a fronte di una tendenza al ridimensionamento della funzione del capitale, emerge un'accentuazione del rafforzamento dei doveri di monitoraggio da parte degli amministratori della situazione economica della società: gli amministratori vengono chiamati ad operare una valutazione prospettica dell'evoluzione della situazione finanziaria della società, al fine di assicurare un corretto svolgimento dell'attività d'impresa con valutazione delle possibili al-

¹¹ A. PACIELLO, *La funzione normativa del capitale sociale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 2 e ss.

¹² Per le critiche al ruolo del capitale v. L. ENRIQUES e J.R. MACEY, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 78. Per una risposta v. F. DENOZZA, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques – J. R. Macey, Creditor versus capitale formation: the case against the european legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 585.

¹³ F. BRIOLINI, *Verso una nuova disciplina delle distribuzioni del netto?*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 64.

ternative di finanziamento; ad evitare la prosecuzione di attività che non presentino una prospettiva di continuità aziendale e a conservare l'integrità patrimoniale anche nelle ipotesi di crisi dell'impresa¹⁴.

Il tema meriterebbe ben più ampie riflessioni, tuttavia ai fini dell'indagine, è sufficiente sottolineare come il legislatore, benché detti nelle società di diritto comune una disciplina del capitale meno rigida, non intende in alcun modo abdicare alla tutela degli interessi in gioco, tanto che avverte l'esigenza di accentuare l'obbligo di monitoraggio sulla situazione economica della società.

Possiamo, dunque, ritenere che, nonostante i dati normativi sembrino confermare uno svuotamento della disciplina del capitale nel diritto societario comune, in realtà queste scelte legislative presuppongono una visione della funzione produttiva, organizzativa, di garanzia del capitale, non statica, ma dinamica¹⁵, in cui diventa rilevante non solo l'indagine patrimoniale e contabile, ma anche una valutazione organizzativa, prospettica e di valutazione di mercato¹⁶: il patrimonio netto non è più utilizzato come limite alla capacità di indebitamento, ma come proiezione della capacità di indebitamento.

Da questa prospettiva sembra potersi ricavare una regola di corretto indebitamento della società che trova limiti applicativi con l'applicazione di un

¹⁴ Sul tema, v. M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 609; U. TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di «corretta gestione societaria e imprenditoriale» della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 631; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 1027; L. STANGHELLINI, *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 675.

¹⁵ C. ANGELICI, *La società per azioni. I Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile commerciale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 466 ricorda che la prospettiva statica e quella dinamica non si escludono necessariamente: nei sistemi che adottano il *solvency test*, pur presupponendo un superamento del ruolo del capitale sociale, attribuiscono un significato ai dati patrimoniali e richiedono una *balance sheet test*; allo stesso tempo nei sistemi dell'Europa continentale dove il patrimonio netto assume a parametro decisivo per la distribuzione degli utili si prevede una verifica, quindi *insolvency test*, per i casi in cui pur rispettando quel parametro si verifica l'impossibilità per la società di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni e di conseguenza l'impossibilità di distribuire utili.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 2501-*bis* c.c., la relazione dell'organo amministrativo deve indicare le ragioni che giustificano l'operazione, mentre la relazione degli esperti attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione; secondo quanto disposto dall'art. 2381, c.c. 3° comma, il consiglio di amministrazione valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; ai sensi dell'art. 2403 c.c. il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento; ai sensi dell'art. 2409-*octiesdecies*, c.c. 5° comma, lett. b), il comitato per il controllo sulla gestione vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile; ai sensi dell'art. 2501-*sexies* c.c., la relazione degli esperti deve contenere un parere sull'adeguatezza del metodo o dei metodi seguiti per la determinazione del rapporto di cambio; a proposito dei patrimoni destinati, la delibera costitutiva del patrimonio destinato deve, tra l'altro, indicare (art. 2447-*ter* c.c., lett. c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare.

test di solvibilità e la previsione di doveri di condotta in capo agli amministratori i quali dovranno monitorare la situazione patrimoniale della società, assicurando un corretto svolgimento dell'attività di impresa; evitando la prosecuzione di un'attività d'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale; perseguendo la conservazione dell'integrità patrimoniale anche nell'ipotesi di crisi dell'impresa.

Una corretta organizzazione dei valori all'interno dell'impresa societaria costituisce, altresì, presupposto per un corretto finanziamento della stessa¹⁷.

Infatti, il tema del capitale sociale, nelle società di diritto comune, appare direttamente correlato al principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa: la tutela dei creditori viene assicurata da una organizzazione equilibrata di valori all'interno della società; ciò consente di allentare i vincoli patrimoniali, di utilizzare il parametro della prospettiva di continuità aziendale e di garantire il rispetto del principio di corretto finanziamento attraverso l'obbligo di monitoraggio e la corretta gestione imprenditoriale da parte della società.

Il principio di corretta gestione imprenditoriale vincola in tal modo gli amministratori a tutelare gli interessi, non solo dei soggetti coinvolti nei rapporti con l'impresa, ma di tutti coloro che potrebbero, in prospettiva, entrare in contatto con la stessa.

Quindi possiamo affermare che, di fronte ad un indebolimento della disciplina del capitale, si cerca di rafforzare tutte quelle regole che sono volte ad assicurare il corretto finanziamento dell'attività d'impresa, in particolare il legislatore si preoccupa di garantire che il principio di corretto finanziamento, che si pone come un principio sistematico, trovi adeguata tutela attraverso l'applicazione di una corretta gestione societaria e imprenditoriale da parte degli amministratori¹⁸: ogni volta che si verifica un arretramento del capitale sociale il legislatore avverte il bisogno di accentuare il dovere degli amministratori di monitoraggio della situazione economica della società, di incentivare il recupero dell'attività d'impresa, vincolando gli amministratori a prendere misure che considerino una pluralità di interessi, non solo dei soggetti coinvolti nei rapporti con l'impresa, ma anche di tutti coloro che lo saranno in una prospettiva, più

¹⁷ G. GIANNELLI, *Disciplina del capitale, organizzazione del patrimonio, «corretto» finanziamento della società e tutela dei creditori*, in *Società, Banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, vol. 1, 2014, p. 479. Sulla funzione organizzativa del capitale, v. B. LIBONATI, *Bilancio delle società*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, I, Torino, 1980, p. 807; P. SPADA, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 108; M. MIOLA, *Capitale sociale e conferimenti nella nuova società a responsabilità limitata*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 657; S. FORTUNATO, *Capitale e bilanci nella s.p.a.*, cit., p. 134; E. GINEVRA, *Conferimenti e formazione del capitale sociale nella costituzione delle s.r.l.*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 102.

¹⁸ A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 829, evidenzia come, nel nostro ordinamento, non vi sia una norma che espressamente sancisca l'obbligo o il dovere, per chi gestisce l'impresa, di farlo secondo i criteri di correttezza imprenditoriale, ma c'è una norma, l'art. 2497 c.c., che postula questo precetto quando ne sanziona l'inosservanza. Da ciò l'Autore evince che l'ordinamento riconosce che «prima e al di fuori della fattispecie di gruppo, vi sono principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che hanno portata generale».

generale, di continuità aziendale.

Per tali ragioni il capitale garantisce una pluralità di interessi in quanto serve a soddisfare gli interessi dei contraenti, l'interesse alla remunerazione degli azionisti e alla tutela dell'investimento fatto, nonché l'interesse sociale finalizzato al conseguimento dell'oggetto sociale.

Al tempo stesso il principio di corretto finanziamento diventa un principio sistematico che tende a tutelare una pluralità di posizioni soggettive, una pluralità di rapporti giuridici che coinvolgono non solo il perseguimento del fine sociale, non solo l'interesse di tutti i creditori, ma anche l'interesse di tutti gli *stakeholders* esterni che entrano o possono entrare in contatto con la società.

4. La funzione organizzativa del capitale.

Dalle considerazioni sin qui svolte risulta del tutto evidente che, in ambito bancario, il legislatore europeo e il regolatore mostrano un approccio diverso sul ruolo del capitale, in ragione della specialità dell'impresa bancaria.

Come si è avuto modo di argomentare, nell'impresa bancaria, si assiste ad un rafforzamento del ruolo del capitale sociale: rileva non solo il capitale sociale nominale, non solo il patrimonio netto, ma il patrimonio di Vigilanza (i cosiddetti fondi propri) con tutte le regole di Basilea, dei regolamenti comunitari e delle direttive.

Il rafforzamento dei requisiti patrimoniali viene accompagnato da una sempre più dettagliata individuazione delle tipologie di rischio.

Tale scelta deriva dalla consapevolezza che qui il capitale sociale non rileva tanto come garanzia della serietà dell'investimento programmato dai soci e indirettamente tutela dei creditori/clienti/risparmiatori: qui il capitale non svolge una funzione di finanziamento dell'attività di impresa, come nelle attività non bancarie, essendo la stessa alimentata dal capitale di debito e dalle altre passività, né tanto meno deve consentire un equilibrio patrimoniale che, attraverso un corretto indebitamento o l'esercizio dei doveri previsionali degli amministratori, consenta di compiere una valutazione prospettica sull'adeguatezza patrimoniale e sulla situazione finanziaria e sulle prospettive di redditività futura, né deve risolvere eventuali conflitti tra creditori e soci, come invece accade nella visione moderna del capitale sociale del diritto commerciale.

In ambito bancario, in ragione della specialità dell'attività, il capitale sociale, nella diversa accezione che abbiamo individuato, svolge un ruolo diverso: è lo strumento attraverso il quale la banca fronteggia i rischi. E, difatti, la formazione del RAF che definisce il livello di rischio che una banca intende perseguire in relazione agli obiettivi prescelti e al modello di business adottato rappresenta, insieme all'ICAAP e all'ILAAP, il processo organizzativo aziendale che concorre alla determinazione del capitale in funzione degli obiettivi di rischio.

Le crisi bancarie hanno portato una consapevolezza diversa sulla gestione del rischio, elemento immanente di ogni attività di impresa: il pericolo non è dato dal rischio, ma dall'incapacità dell'impresa di valutarlo, monitorarlo e gestirlo.

L'individuazione di una sempre più dettagliata lettura delle tipologie di rischi, da un verso, l'approccio *control risk*, dall'altro, fanno emergere la necessità di intervenire in via preventiva, affinché il patrimonio diventi non più e non solo garanzia della serietà dell'investimento programmato dai soci e indirettamente tutela dei creditori/clienti/risparmiatori. Si persegue, così, l'obiettivo di coprire ogni tipologia di rischio, nella prospettiva di *risk based*, al fine di consentire che l'interesse della banca sia perseguito con il minor rischio possibile, tutelando così gli interessi dei risparmiatori.

La determinazione del capitale interno complessivo diventa, allora, il frutto di un processo organizzativo che, insieme all'adozione di adeguati sistemi di governo e gestione del rischio di liquidità, costituisce parte integrante della gestione aziendale e contribuisce a determinare le strategie e l'operatività corrente delle banche.

Nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale, la Banca centrale europea e la Banca d'Italia dispongono di tutti i necessari poteri di intervento sull'attività delle banche. In particolare, possono chiedere detenzione di mezzi patrimoniali in misura superiore al livello regolamentare previsto per i rischi di credito, controparte, mercato e operativi, anche attraverso l'applicazione di un trattamento specifico con riferimento alle modalità di determinazione dei requisiti patrimoniali, nonché a copertura di rischi diversi.

Questa diversa impostazione porta allora l'interprete a due risultati:

1) il patrimonio fissato dalla Vigilanza assolve una funzione normativa, riassume, cioè, una determinata disciplina che mira a far fronte ai rischi della propria attività, quindi a valutarli, monitorarli e gestirli.

2) alla luce delle puntualizzazioni sin qui fatte, l'organizzazione finanziaria dell'impresa bancaria non si limita ad assicurare il rispetto di un principio di corretto finanziamento dell'attività di impresa, come nell'impresa non bancaria: si richiede qualcosa in più in quanto il patrimonio di Vigilanza mira a tutelare interessi più ampi.

L'intero sistema preordinato all'individuazione dei requisiti patrimoniali è espressione del requisito dell'organizzazione e diventa funzionale al perseguimento del principio di sana e prudente gestione: esso persegue la medesima finalità del regime di autorizzazione, dei poteri relativi alla funzione di vigilanza, del sistema dei controlli: monitorare, gestire e correggere i rischi, al fine di garantire una gestione sana e prudente che sia in grado di tutelare gli interessi previsti dall'art. 47 Cost.

Dal raffronto con la disciplina del capitale sociale nell'impresa non bancaria emerge senza dubbio un diverso approccio del legislatore che, come si è visto, in ogni caso non abdica alla necessità di garantire un corretto finanziamento dell'attività d'impresa.

Nelle società bancarie la previsione di rafforzati requisiti patrimoniali fissati dagli Accordi di Basilea, i parametri di *rating* e la determinazione delle attività ponderate per il rischio sono tutti espressione della volontà di ritenere il capitale, non solo garanzia della serietà dell'iniziativa e presidio dei molteplici rischi connessi all'attività bancaria, ma anche strumento per esercitare una cor-

retta gestione della banca che consenta di tutelare tutti quei diritti fondamentali che l'art. 47 Cost. riassume e che l'impresa bancaria deve realizzare.

Ed è questa la ragione per la quale il legislatore, nelle società bancarie, oltre a irrigidire la disciplina sul capitale, ritiene essenziale il principio della sana e prudente gestione, principio cardine di tutto il sistema del diritto della regolazione¹⁹ (cfr. art. 5 del tub ; art. 5 del tuf; art. 3 del codice delle assicurazioni) nell'esercizio del potere da parte della Vigilanza e nel giudizio sull'esercizio di quel potere nello svolgimento dell'attività da parte dell'intermediario, come criterio comportamentale dell'agere imprenditoriale, in funzione della tutela del risparmio.

«Il canone della sana e prudente gestione non si limita a conformare la vigilanza regolamentare, bensì diventa esso stesso criterio che pone regole di condotta e che può assumere valore determinante sul piano della crescita del diritto vivente»²⁰.

La sana e prudente gestione diventa, così, un criterio che non apre valutazioni arbitrarie o discrezionali, ma una formula riassuntiva della sussistenza dei requisiti che limita i confini di valutazione nell'esercizio del potere della Vigilanza stessa²¹.

In questa prospettiva la sana e prudente gestione diventa funzionale al conseguimento degli scopi che si prefigge l'art. 47, creando un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio²².

Se si segue questa impostazione l'applicazione della clausola della sana e prudente gestione determina i limiti alla libertà operativa dell'intermediario e diventa il criterio che conforma la vigilanza regolamentare.

¹⁹ A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano Giuffrè, 2012, p. 55 ricorda che nel Tub i redattori si sono entusiasmatis per l'espressione "sana e prudente gestione" del diritto comunitario e l'hanno utilizzata dappertutto, in quanto essa garantisce valori di cui nessuno può in astratto negare la fondatezza, nonostante la II direttiva comunitaria adotti il criterio della sana e prudente gestione solo in due norme; v. altresì EAD, *Commento all'art. 5*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, I, Torino, Giappichelli, 2013, p. 39. Sul principio di sana e prudente gestione, v. M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2008, p. 387; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. Ferro-Luzzi, C. Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull'intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 157 e ss.; S. AMOROSINO, *La vigilanza sulle banche nel t.u. ed il ruolo della Banca d'Italia*, in *Bancaria*, 1994; S. DE ANGELI, M. ORIANI, *La sana e prudente gestione delle banche*, in *Bancaria*, 1995, p. 70.

²⁰ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131.

²¹ Per un approfondita analisi delle ragioni che portano a tale conclusione, v. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, Cedam, 2018, p. 1592 e ss.

²² Anche la giurisprudenza ha fatto emergere più volte un collegamento tra sana e prudente gestione e tutela del risparmio: T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 9 aprile 2010, n. 6185, in *Foro amm.* TAR 2010, 4, p. 1313; T.A.R. Roma, sez. III, 10 marzo 2014, n. 2725 in *Foro amm.* 2014, p. 936 ribadisce che lo specifico potere della Banca di accertare la ricorrenza delle condizioni di sana e prudente gestione ai sensi dell'art. 56 del Tub e, più in generale, l'esigenza di presidiare la stabilità finanziaria complessiva del mercato ai sensi dell'art. 5 del Tub, sono «in un nesso di stretta derivazione con la finalità di tutela del risparmio avente dignità primaria nell'ambito dei valori costituzionali (art. 47 Cost.)»; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2019, n. 3228, Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2015, n. 2328.

5. Ulteriori spunti di riflessione.

L'analisi sin qui compiuta sulla disciplina del capitale sociale nell'impresa bancaria sollecita alcuni spunti di riflessione utili alla individuazione delle finalità più profonde dell'organizzazione finanziaria nell'impresa bancaria.

Tre sono i punti oggetto di approfondimento: 1) il rapporto tra le pretese individuali, il patrimonio e gli interessi collettivi; 2) il grado di libertà con cui la società può disporre del proprio patrimonio e quindi il rapporto tra autonomia privata e autorità; 3) il ruolo del regolatore sui requisiti patrimoniali funzionale al godimento dei diritti.

1) Diventa di particolare interesse soffermarsi sul rapporto società - azionisti e società - terzi al fine di indagare le tutele di quei destinatari e conseguentemente le loro pretese.

È, infatti, del tutto evidente come l'azionista crei, nei confronti della società bancaria, un rapporto multiforme, più complesso e articolato di quello delle società di diritto comune e, in quanto tale, caratterizzato da una pluralità di pretese: l'azionista di una banca non è soltanto colui che ha effettuato un investimento azionario e che è titolare della pretesa al rimborso o alla remunerazione, ma molto spesso diventa, contemporaneamente, titolare di tutte quelle pretese che spettano ai clienti della banca e che il legislatore e il regolatore qualificano come risparmiatori.

Tale rapporto multiforme incide su alcune delle sue prerogative patrimoniali e amministrative che, in alcuni casi, vengono comprese o limitate e che portano a domandarsi se vi sia un contratto tra pretese, individuali, dell'azionista e pretese, collettive, dei terzi risparmiatori.

Si è, in proposito, sostenuto che i soci, nelle società bancarie, vedono significativamente ridimensionate le proprie prerogative amministrative e patrimoniali, individuali e collettive che risultano indirettamente comprese in conseguenza del riconoscimento, all'Autorità di Vigilanza, di competenze e poteri incisivi²³: per tali ragioni, si ritiene che la disciplina della società bancaria compri, insieme alle prerogative dei soci, lo stesso significato di strumento di investimento che invece caratterizza la società non bancaria.

Tale lettura, che finisce per porre in una posizione di contrapposizione i diritti dei soci di società bancaria rispetto a quelli dei soci di società ordinaria, può essere rivisitata se si assume una prospettiva diversa che è possibile cogliere alla luce delle considerazioni sin qui fatte.

Infatti, come si è avuto modo di argomentare, la previsione di una disciplina rigorosa sui requisiti di capitale ha come finalità quella di assicurare una gestione sana e prudente dell'attività d'impresa, obiettivo necessario per la protezione del risparmio.

Tale ricostruzione consente di superare la contrapposizione tra pretese degli azionisti e pretese dei risparmiatori in quanto la tutela del risparmio, che

²³ G. FERRI JR, *La posizione dei soci di società bancaria*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2016, p. 806.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

mira a tutelare le pretese di tutti quei soggetti (compresi gli azionisti) che vedrebbero lesi i propri diritti costituzionali, non si pone in contrasto con le pretese classiche degli azionisti i quali ricevono indirettamente la loro tutela.

La presenza di più ampie pretese giustifica, piuttosto, la previsione di una disciplina diversa e più incisiva sulle regole del capitale in ambito bancario e ciascuna pretese individuale contiene, strutturalmente, un segmento di interesse pubblico.

In questa prospettiva le pretese assumono una valenza organizzativa della società, nel senso che ne determinano gli equilibri patrimoniali e influenzano le regole di gestione.

Nelle società di diritto comune, come si è visto, sussiste un principio di corretto finanziamento, nell'impresa bancaria c'è un incrocio di pretese, di prestazioni, di attività che connotano il servizio pubblico: per tali ragioni la funzione del capitale è garantita, oltre che da un principio di corretto finanziamento, anche dalle regole di Banca d'Italia e dal principio di sana e prudente gestione, a tutela dell'interesse pubblico.

2) La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria porta, altresì, ad una riflessione sul grado di libertà di cui la società può disporre del suo patrimonio.

La fissazione dei requisiti patrimoniali, imposta dalle Autorità di Vigilanza, finisce per ridurre fortemente gli spazi di autonomia delle società bancarie, prevedendo regole più rigide inderogabili, attraverso una compressione degli atti di disposizione del patrimonio che incidono altresì sulla libertà gestionale degli amministratori, limitando quei poteri decisionali che, nel diritto comune, sono propri degli amministratori o dei soci.

L'incidenza della Vigilanza sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato rappresenta una costante di tutta la disciplina del diritto bancario che ripropone il rapporto autonomia privata/intervento pubblicistico, diventando un problema sociale e politico prima ancora che giuridico²⁴.

²⁴ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/enciclopedia/contratti-e-atti-giuridici_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche. L. BUTTARO, *Corso di diritto commerciale I, Premesse storiche. Disciplina dell'impresa*, Bari, Laterza, 2005, pp. 68 e 69, il quale evidenzia che, nel diritto commerciale, il crescente intervento pubblicistico non è più un fatto sporadico ed eccezionale, ma un dato costante della nuova disciplina che non rientra nell'ambito del solo diritto privato: il fatto nuovo è costituito dall'incontro e dalla compenetrazione fra diritto pubblico e diritto privato; ritiene, tuttavia, che non si deve sostenere una sorta di pubblicizzazione o amministrativizzazione della materia in quanto il diritto commerciale resta il diritto dell'impresa e dell'imprenditore: per tali ragioni si deve continuare a parlare di autonomia e specialità del diritto commerciale nel senso in cui la si intendeva ancora vigente il codice di commercio del 1882. Più di recente sui rapporti fra "diritto comune" e "diritti speciali", per l'intervento dei pubblici poteri sulle dinamiche del processo economico, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit. Per un'evoluzione sul dibattito sul diritto

Di fronte alla crisi dell'autonomia privata dei soggetti coinvolti l'Autorità di Vigilanza interviene con lo strumento della regolazione che porta come conseguenza la perdita della libertà delle parti, dell'autonomia negoziale e organizzativa al fine di riequilibrare la tutela dei diversi interessi²⁵.

Certamente non si può negare che nel rapporto tra libertà e autorità l'autonomia privata venga regolata e limitata dall'Autorità di Vigilanza attraverso lo strumento della regolazione²⁶, tuttavia, assumendo la prospettiva indicata, la dialettica tra autorità e autonomia privata viene ricostruita non secondo un approccio di contrapposizione tra interessi, tra restrizioni all'autonomia privata e intervento dell'autorità pubblica, in quanto tutti gli interventi vanno nel senso della protezione dei diritti che l'art. 47 contiene.

La regolazione diventa criterio ordinatore della autorità e della libertà²⁷.

3) Infine, l'analisi sin qui compiuta ha evidenziato la presenza, sempre più imponente, dell'Autorità di Vigilanza sui requisiti patrimoniali.

Lo stesso articolo 53 del Tub affida alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale²⁸.

L'intensificarsi del ruolo della Vigilanza che, come si è visto, porta ad una limitazione incisiva dell'autonomia dell'intermediario, appare giustificato da una centralità crescente che, nel tempo, ha assunto la protezione del risparmiatore.

Come si è cercato già di dimostrare, una volta ricostruito il sistema bancario ponendo al centro la protezione del risparmiatore e abbandonando l'interpretazione tradizionale che vedeva la banca come servizio pubblico, l'obiettivo della Vigilanza nella regolamentazione e nel controllo del rispetto dei requisiti patrimoniali trova un significato adeguato nell'art. 47 Cost²⁹.

dell'economia, v. A. TUCCI, *Il diritto dell'economia nella prospettiva storico-istituzionale*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, p. 1.

²⁵ M. SEMERARO, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e patologie contrattuali (premesse ricostruttive)*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, p. 666, sostiene che la regolazione interviene sulle strutture del mercato e il suo rapporto con l'autonomia negoziale si presenta in termini di strumentalità.

²⁶ Le nuove frontiere della regolamentazione del sistema economico portano a un «nuovo governo dell'economia»: così V. RICCIUTO, *Nuove prospettive del diritto privato dell'economia*, in E. Picozza, V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 255. Parla di nuovo «diritto privato regolatorio» A. FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, *Public and Private Enforcement*, in *Dir. comm. int.*, 2008, p. 111 e ss.

²⁷ Sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2017, p. 331.

²⁸ C. BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. CAPRIGLIONE, Padova, Cedam, 2018, p. 209; sull'art. 53 Tub, v. anche G. GIORDANO, *(sub) art 53*, in *Commentario breve al Testo unico bancario Costi – Vella*, 2019, Padova, Cedam, p. 252.

²⁹ Per una lettura dell'art. 47 come una formula riassuntiva che contiene la garanzia delle diverse funzioni cui la tutela del risparmio è preordinata v. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., p. 1595, nonché A. CLINI, *Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 349.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Anche se lo spostamento decisorio viene collocato al di fuori dello Stato in quanto «*l'atto governativo viene soppiantato da quello di autorità indipendente*»³⁰, verso dimensioni sovranazionali per consentire una uniformità di applicazione tra i diversi Stati³¹, non si perde la centralità statale³² ma si crea solo uno spostamento della programmazione economica della regolazione che però conserva la finalità di proteggere i diritti.

In questa prospettiva l'intervento dell'Autorità di Vigilanza persegue lo scopo di massimizzare l'interesse pubblico, inteso come tutela del risparmio.

Nel momento in cui si ritiene che il potere dell'Autorità di Vigilanza è funzionale al godimento dei diritti individuali e che i diritti fondamentali resistono all'ordinamento, allora l'intervento dell'Autorità diventa funzionale al godimento di quei diritti e il suo potere si legittima se e nella misura in cui massimizza il godimento dei diritti della persona e bilancia la componente comprimibile di quei diritti.

³⁰ L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, 2016, p. 778.

³¹ F. CAPRIGLIONE, *Non luoghi. sovranità, sovranismi. Alcune considerazioni*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2018, p. 424, ricorda come la tendenza internazionale eurocentrica abbia modificato il concetto di sovranità rispetto alla visione correlata all'applicazione degli «*ordini nozionali della pandettistica agli ordinamenti successivi all'ancien regime*» e diventa il presupposto di un nuovo contesto pluralistico nel quale si ravvisa una sorta di «*decentramento poliarchico della sovranità classica*» (si esprime in tal senso, A. CARRINO, *Oltre l'Occidente. Critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, p. 174).

³² Cfr. sull'argomento, L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153.