

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

**Rivista**  
**di Diritto Bancario**

dottrina  
e giurisprudenza  
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

**2022**

[rivista.dirittobancario.it](http://rivista.dirittobancario.it)

## **DIREZIONE**

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,  
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI  
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,  
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

## **COMITATO DI DIREZIONE**

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,  
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,  
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

## **COMITATO SCIENTIFICO**

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,  
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,  
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE  
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO  
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,  
FRANCESCO TESAURO+

### **COMITATO ESECUTIVO**

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

### **COMITATO EDITORIALE**

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

### **COORDINAMENTO EDITORIALE**

UGO MALVAGNA

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

FILIPPO SARTORI

## **NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE**

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

**SEDE DELLA REDAZIONE**

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,  
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836



## **L'opa della Cassa di Risparmio di Bolzano sulla Banca di Cividale ed il preteso coinvolgimento nell'operazione della Fondazione controllante**

**SOMMARIO:** 1. La pretesa improcedibilità dell'opa a causa della partecipazione maggioritaria della "Fondazione di Bolzano" nella società bancaria offerente. - 2. (segue) la paventata acquisizione del controllo indiretto della Fondazione sulla Banca di Cividale – I ricorsi al Tribunale UE ed al T.A.R. Lazio. - 3. Il giudizio cautelare innanzi al T.A.R. sull'approvazione CONSOB del documento di offerta. - 4. L'imputazione giuridica dell'opa alla sola Cassa di Risparmio (e l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione del MEF alla Fondazione). - 5. (segue) l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 22 del T.u.b. (Partecipazioni indirette). - 6. Insussistenza della violazione del divieto, per la Fondazione, di acquisire una partecipazione di controllo nella Banca di Cividale. - 7. La corretta qualificazione giuridica del rapporto tra la fondazione azionista di maggioranza e la società bancaria: esclusione della direzione e coordinamento della gestione. - 8. Inapplicabilità dell'art. 23 del T.u.b. (Nozione di controllo). - 9. Le FOB come investitrici istituzionali e rentières alla luce della regolazione "multistrati" di settore.

### *1. La pretesa improcedibilità dell'opa a causa della partecipazione maggioritaria della "Fondazione di Bolzano" nella società bancaria offerente.*

La vicenda in commento è un po' curiosa: un'ordinaria procedura di opa<sup>1</sup> tra società bancarie, non infrequente di questi tempi, è divenuta oggetto di un contenzioso "a testata multipla", incentrato su tematiche concernenti un terzo soggetto, del tutto estraneo al procedimento d'offerta, il quale s'è svolto in modo del tutto fisiologico: l'offerente "Sparkasse" già deteneva una partecipazione rilevante nel capitale della

---

<sup>1</sup> Sulla regolazione della materia v., *ex multis*, le sintesi di A. TUCCI, *Le offerte pubbliche di acquisto* in Aa.Vv., *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F., Capriglione, Milano, 2019, 667 ss.; R. LENER, voce *Offerta pubblica di acquisto (OPA)*, in *Il diritto, Enciclopedia giuridica*, vol. 10, Milano, 2007, 277 ss.; F. ANNUNZIATA, *Disciplina del mercato mobiliare*<sup>11</sup>, Torino, 2021, 407 ss.

società bersaglio, Civibank; gli amministratori di quest'ultima hanno qualificato ostile l'offerta, dandone una valutazione di inadeguatezza e di "negatività prospettica" per la banca "target"; infine, una volta superate – come si dirà – le "interferenze" del contenzioso l'offerta s'è conclusa con un numero molto elevato di adesioni e l'assunzione del pieno controllo della "Civibank" da parte della Cassa di Risparmio di Bolzano.

L'accennato contenzioso ha riguardato due procedimenti e provvedimenti presupposti dell'offerta vera e propria:

- l'autorizzazione all'acquisto<sup>2</sup> rilasciata alla "Sparkasse" dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia (avverso tale provvedimento gli amministratori di "Civibank" hanno proposto ricorso al Tribunale UE);
- l'approvazione, da parte di Consob, del documento di offerta (avverso il quale hanno proposto ricorso al T.A.R. Lazio).

Riguardo ad ambedue i provvedimenti le censure si concentravano su un preteso vizio istruttorio del procedimento: il mancato accertamento della ritenuta insussistenza, in capo alla Cassa di Risparmio di Bolzano s.p.a., della capacità di acquisire – mediante l'opa – il controllo di qualsiasi altra banca; incapacità che deriverebbe – a sua volta – dal peculiare *status*<sup>3</sup>, nell'ordinamento civile, della sua azionista di maggioranza, la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano.

Si sosteneva, dalla ricorrente, che in caso di esito positivo dell'opa, con l'assunzione del controllo di "Civibank", da parte di "Sparkasse", la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano avrebbe acquisito il controllo indiretto sulla banca friulana, ciò che le sarebbe inibito dalla disciplina di settore (d.lgs. n. 153/1999 e s.m.i.).

La vicenda richiama l'immagine delle complesse figure geometriche costruite con tessere del domino, appoggiate le une alle altre, nelle quali il movimento della tessera "capo fila" determina, a catena, la caduta di tutte le altre.

---

<sup>2</sup> V. TROIANO, *Le banche*, in Aa. Vv., *Manuale di diritto bancario*, cit., 342 ss. ; C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*<sup>3</sup>, Bologna, 2020, 189 ss.

<sup>3</sup> Piace, in tema, richiamare le limpide pagine di R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, 65 ss. e quelle – intense – di P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, 154 -155.

2. (segue) *La paventata acquisizione del controllo indiretto della Fondazione sulla Banca di Cividale – I ricorsi al Tribunale UE ed al T.A.R. Lazio.*

Nel caso in esame i difensori della ricorrente hanno suggestivamente individuato nella disciplina legislativa delle fondazioni di origine bancaria (FOB) la “tessera iniziale”, il “presupposto dei presupposti”, dal quale tutto (pretesamente) discendeva “a caduta d’acqua”.

Una suggestione non priva di apparente fondamento sistemico in quanto, sin dal primo commentario<sup>4</sup>, la ratio del plesso normativo sulle FOB era stata individuata nella progressiva, irreversibile separazione tra gli enti conferenti – poi “transustanziati” in fondazioni di diritto civile “speciale” – e le società bancarie, cui essi avevano conferito le aziende di credito.

Nella specie l’art. 6, comma 1, del d.l.gs. n. 153/1999 vieta alle FOB di detenere partecipazioni di controllo in società “non strumentali” ai loro fini istituzionali (in primis, dunque, in tutte le società bancarie).

Una deroga al divieto di detenere partecipazioni bancarie di controllo fu, successivamente, prevista, dall’art. 25, comma 3 bis, per le FOB “minori” (con patrimonio netto non superiore a 200 milioni di euro) e per quelle aventi sedi operative prevalentemente nelle Regioni e Province a statuto speciale – qual è la “Fondazione di Bolzano” – “limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie”.

Dalle citate disposizioni la ricorrente induceva la pretesa inibizione, per “Sparkasse”, di acquisire il controllo di altre banche, perché, in tal caso, la sua azionista di maggioranza, la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano, avrebbe acquisito il controllo indiretto su una società bancaria ulteriore rispetto alla sua conferitaria.

La ratio della disciplina legislativa speciale in materia implicherebbe logicamente – si sostiene – una sorta di estensione o traslazione “a catena”, in capo a “Sparkasse”, del divieto – per la Fondazione di Bolzano – di acquisire il controllo, pur indiretto, su altre banche.

---

<sup>4</sup> AA. VV., *Le «fondazioni», bancarie*, a cura di S. AMOROSINO e F. CAPRIGLIONE, Padova, 1999 e, ivi, G. ALPA, *Il patrimonio delle fondazioni bancarie*, 39 ss.

Conseguentemente, in entrambe le sedi giurisdizionali si è contestato – da un lato a BCE e dall'altra a CONSOB – di aver omesso di accertare la sussistenza di questa sorta di “catena di Sant’Antonio” inibitoria.

L’ambito giurisdizionale primario in cui è stata dedotta la censura è stato il ricorso innanzi al Tribunale UE avverso l’autorizzazione della BCE<sup>5</sup> all’acquisizione – mediante l’opa – del controllo della Banca di Cividale.

Spettava, infatti, all’Autorità Centrale europea (decidente) e, prima, alla Banca d’Italia (proponente) verificare la compliance dell’operazione alla normazione bancaria, unionale e nazionale, vale a dire la sussistenza, in capo alla richiedente Cassa di Risparmio di Bolzano, delle condizioni, soggettive ed oggettive (organizzative, finanziarie, imprenditoriali), necessarie a garantire un corretto procedimento acquisitivo e, poi, la sana e prudente gestione della banca target.

Ai fini dell’autorizzazione all’acquisizione bancaria le Autorità di supervisione hanno verificato l’idoneità della società bancaria acquirente; viceversa, riguardo al suo azionista di controllo – la Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano – hanno riscontrato – come prescritto nei confronti dei soci “di riferimento” – esclusivamente un profilo finanziario: la disponibilità a “sostenere” la società controllata nell’eventualità che – a valle dell’acquisizione – si presenti la necessità di un apporto di capitale.

La verifica non ha quindi riguardato (né avrebbe potuto farlo) lo status soggettivo della Fondazione (ch’è legittimata a conservare la partecipazione maggioritaria), ma unicamente la sua eventuale, futura, disponibilità, in qualità di socio “di riferimento”, ad intervenire “a sostegno”.

Non si deve confondere, dunque, l’accertamento della disponibilità ad un eventuale, futuro supporto finanziario – previsto per tutti i soci “di riferimento” delle società bancarie, quale che ne sia la forma giuridica (società, fondazione, persona fisica, etc.) – con una sorta di supervisione delle Autorità “bancarie” allargata alle FOB socie di maggioranza (in ragione della loro “origine”, oramai remota?).

---

<sup>5</sup> E. VENTURI, *Commento all’art. 19*, in AA. VV., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di, F. Capriglione, Milano, 2018, I, 224 ss.

La vigilanza sull'organizzazione, il patrimonio, l'attività ed i bilanci delle FOB è riservata esclusivamente al Ministero dell'Economia e delle Finanze<sup>6</sup>.

Specularmente il MEF non ha alcuna competenza in materia di supervisione sull'attività delle banche.

### *3. Il giudizio cautelare innanzi al T.A.R. sull'approvazione CONSOB del documento di offerta*

La questione d'apice, la pretesa non autorizzabilità di "Sparkasse" ad acquisire "Civibank" in ragione della sua controllante "Fondazione" – oggetto del ricorso al Tribunale UE – è rimasta impregiudicata in quanto quel gravame non era corredato di istanza cautelare e non è stata accolta la domanda di procedura accelerata.

Per questa ragione, nel cruciale periodo dell'offerta, il Giudice innanzi al quale s'è concentrata – in sede cautelare – la "contesa" è stato il T.A.R. Lazio; una sede autorevole, ma "eccentrica", in quanto oggetto del giudizio amministrativo era unicamente il ricorso avverso il provvedimento Consob di approvazione del documento di offerta.

Innanzi al T.A.R. Consob ha eccepito che non rientra tra le sue competenze riesaminare gli atti di consenso presupposti, adottati dalle Autorità di supervisione bancaria; nel caso di specie non le spettava compiere – come preteso dalla ricorrente – una "verifica del presupposto" (lo status della Fondazione) del presupposto (la legittimazione di "Sparkasse" a procedere all'acquisizione).

Alla stregua dei principi generali di riparto delle competenze e di economicità dell'azione amministrativa Consob ha doverosamente preso atto dell'avvenuto rilascio dell'autorizzazione bancaria.

Ne consegue che, anche nell'ipotesi di accoglimento dell'istanza cautelare, Consob non avrebbe potuto riesaminare, "a ritroso", il provvedimento già adottato dalla BCE né, tantomeno, risalendo ancora, contro corrente, il flusso dell'agire amministrativo, avrebbe potuto

---

<sup>6</sup> La vigilanza sulle FOB ha avuto, nella prassi, varie evoluzioni; per il "modello" iniziale, si veda, S. AMOROSINO, *I poteri di vigilanza sulle fondazioni bancarie* in AA. VV., *Le «fondazioni» bancarie*, cit., 161 ss.; ID., *Dalle Casse di Risparmio alle fondazioni di origine bancaria: continuità dell'immanenza del potere pubblico sull'autonomia privata* in S. AMOROSINO, *Regolazioni pubbliche mercati imprese*, Torino, 2008, 199 ss.

accertare la pretesa omissione dell'autorizzazione del MEF alla Fondazione.

*4. L'imputazione giuridica dell'opa alla sola Cassa di Risparmio (e l'insussistenza dell'obbligo di autorizzazione del MEF alla Fondazione).*

Nel “merito” le censure articolate nel ricorso al T.A.R. e, prima, al Tribunale UE (in quella sede suffragate da riferimenti, invero poco perspicui, a principi di diritto eurounitario) trovavano preteso fondamento, innanzitutto, nell'art. 7, comma 3, del d.lgs. n. 153/1999:

“Le operazioni aventi per oggetto le partecipazioni detenute dalla fondazione nella Società bancaria conferitaria sono previamente comunicate all'Autorità di vigilanza, insieme con un prospetto informativo nel quale sono illustrati i termini, le modalità, gli obiettivi e i soggetti interessati all'operazione. Trascorsi trenta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza senza che siano state formulate osservazioni la fondazione può procedere alle operazioni deliberate”.

E' stato agevole controdedurre che, nel caso in esame, non si era in presenza di alcuna operazione riguardante la partecipazione della Fondazione al capitale della s.p.a. Cassa di Risparmio.

Tale partecipazione era rimasta del tutto immutata, per la dirimente ragione che la Società bancaria ha posto in essere l'operazione di acquisizione esclusivamente con capitali propri, o reperiti sul mercato, senza richiedere alcun apporto finanziario ai soci.

(Naturalmente, a seguito dell'operazione di acquisizione, come di qualsiasi altro evento rilevante di mercato, il valore delle azioni della s.p.a. può subire delle oscillazioni, ma ciò, ovviamente, non potrebbe minimamente dipendere da un'inesistente operazione della Fondazione sul proprio patrimonio).

La Fondazione non aveva quindi alcun obbligo di comunicazione al MEF.

[A prescindere dal fatto che, anche nelle ipotesi di operazioni di una Fondazione sulla propria partecipazione al capitale della società bancaria conferitaria, non è prevista alcuna autorizzazione preventiva, ma una semplice comunicazione, analoga alla SCIA edilizia; in ordine alla comunicazione il MEF può formulare, entro 30 giorni,

osservazioni, cui la Fondazione può ottemperare o anche replicare motivatamente (sospendendo, in questo caso, l'operazione sino all'avvenuta collimazione con la Vigilanza ministeriale)].

5. *(segue) l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 22 del T.u.b. (Partecipazioni indirette).*

All'inapplicabilità all'opa di "Sparkasse" dell'art. 7, comma 3, la ricorrente ha opposto l'argomentazione "sostanzialistica" che Fondazione e Cassa di Risparmio costituirebbero un aggregato unitario al quale si applicherebbe l'art. 22, comma 1, del T.u.b.<sup>7</sup>, giusta il quale ai fini delle autorizzazioni alle acquisizioni bancarie "si considerano anche le partecipazioni acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate".

Il richiamo normativo risulta fuori bersaglio: è infatti evidente che il legislatore si riferisce alle controllate della società bancaria acquirente, non – al contrario – alla socia controllante (nella specie: la Fondazione) della società acquirente (la Cassa di Risparmio).

Altrettanto erroneo sarebbe sostenere che la Fondazione, in quanto socia di maggioranza della società bancaria acquirente, a seguito dell'acquisizione della Banca di Cividale sia divenuta la capogruppo bancaria.

Il gruppo bancario – nell'ipotesi che qui rileva – è infatti costituito "dalla banca italiana capogruppo e dalle società bancarie, finanziarie e strumentali da questa controllate" (art. 60 T.u.b.).

Che una FOB non possa fungere da capogruppo è esplicitato dalle Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia (circolare n. 285/2013).

Nello specifico la capogruppo è la stessa Cassa di Risparmio di Bolzano s.p.a.

---

<sup>7</sup> A. SACCO GINEVRI, *Sub art. 22*, in Aa. Vv., *Commentario al Testo unico*, cit., I, 241 ss.

*6. Insussistenza della violazione del divieto, per la Fondazione, di acquisire una partecipazione di controllo nella Banca di Cividale.*

Anche la seconda censura dedotta – la violazione dell’art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 153/1999 – atteneva ad una pretesa, illegittima commistione tra la Fondazione di Bolzano e l’attività bancaria.

La disposizione ora richiamata recita: «4. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto le fondazioni non possono acquisire nuove partecipazioni di controllo in società diverse da quelle di cui al comma 1 né conservare le partecipazioni di controllo già detenute nelle società stesse, fatta salva l’applicazione della disposizione di cui all’art. 25». [il cui comma 3 *bis* ha previsto la deroga al principio suora enunciato].

E’ di immediata evidenza che, nella vicenda in esame, la Fondazione non ha acquisito il controllo di alcuna società “non strumentale” (“Civibank”), ma l’ha fatto la Cassa di Risparmio; è altresì incontestato che ciò è avvenuto per autonoma deliberazione del suo c.d.a, avvedutamente comunicata all’azionista Fondazione solo a “percorso giuridico” già avviato.

Anche sotto questo profilo – dunque – nessuna attività giuridica è stata posta in essere dalla Fondazione, la quale è rimasta inerte (prendendo semplicemente atto dell’informativa inviata dalla Cassa di Risparmio), limitandosi a conservare la sua partecipazione azionaria, come consentitole dalla deroga ex art. 25, comma 3 bis. Di ciò ha dato atto il MEF in una nota inviata a Consob in data 29 aprile 2022: l’acquisizione è stata «elaborata e decisa da Sparkasse nell’ambito della sua piena autonomia gestionale, senza alcun intervento e/o ingerenza della fondazione e, soprattutto, con fondi propri di Sparkasse ...».

In conclusione appare privo di fondamento positivo nonché contrario ai principi europolitari – che sin dalle prime direttive CE hanno configurato le banche come imprese operanti, in concorrenza, nel mercato – inferire dallo status del socio di maggioranza, ove questo sia una FOB, una limitazione della capacità d’agire della società bancaria, quasi essa sia “figlia di un dio minore” nell’ordinamento bancario.

*7. Il giudizio cautelare innanzi al T.A.R. sull'approvazione CONSOB del documento di offerta*

Ciò chiarito per quanto riguarda la vicenda in esame un doveroso approccio realistico impone di riconoscere che i rapporti tra le FOB azioniste di maggioranza e le s.p.a. bancarie potrebbero assumere, in fatto, una configurazione di controllo societario<sup>8</sup>, sostanziandosi nell'esercizio di poteri di direzione e coordinamento gestori (artt. 2359 e 2497 cod. civ.).

Il codice civile – com'è noto – ritiene la detenzione della maggioranza dei voti in assemblea indice presuntivo di una situazione di controllo ma “ammette il controllante interno a provare ... che esso non esercita influenza dominante effettiva (o «direzione unitaria» o «direzione e coordinamento») sulla società e cioè sulle scelte strategiche e gestionali inerenti all'azione complessiva della società.

Prova che potrà darsi “(...) dimostrando che la nomina degli amministratori esaurisce l'influenza concretamente esercitata sulla società, lasciandosi, da parte del socio “di controllo”, piena autonomia gestionale all'organo amministrativo (...)”<sup>9</sup>.

Il “controllo societario” si articola – com'è noto – in diverse fattispecie.

«L'elemento aggregante delle fattispecie – e cioè il tratto minimale del potere - [ha] un contenuto che va, anche a seconda che ricorra o non ricorra la partecipazione al capitale, lungo una “retta continua”, da un minimo consistente nel potere d'influire in modo determinante sulle deliberazioni assembleari al fine della nomina e revoca degli amministratori della società ad un massimo consistente nella direzione esterna dell'azione imprenditoriale della società, e cioè nell'esercizio concreto di direzione e coordinamento»<sup>10</sup>.

È stato dimostrato in giudizio che nel caso in esame la “Fondazione di Bolzano” non ha avuto alcun ruolo attivo.

Più in generale essa si limita, alla scadenza triennale, a nominare gli amministratori ed i sindaci della società bancaria, senza esercitare su di essa alcun potere di influenza dominante.

---

<sup>8</sup> Vedi per tutti, l'eccellente sintesi di, M. LAMANDINI, voce *Controllo di società*, in *Il diritto, Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, 4, 382 ss.

<sup>9</sup> M. LAMANDINI, *op. cit.*, 387.

<sup>10</sup> M. LAMANDINI, *op. cit.*, 387-388

Di conseguenza non può esercitare, né esercita, un potere di controllo effettivo su alcuna delle società che compongono il “Gruppo bancario Cassa di Risparmio di Bolzano”, ivi compresa la neoacquisita “Civibank”.

8. *Inapplicabilità dell’art. 23 del T.u.b. (Nozione di controllo).*

Nè può invocarsi – in senso contrario – l’art. 23 del T.u.b. (Nozione di controllo).

In realtà il comma 1 di tale disposizione<sup>11</sup> non si discosta sostanzialmente dall’art. 2359 cod. civ., salvo che per due profili sostanziali:

I) “sussiste il controllo di soggetti diversi dalle società” (mentre il codice prevede solo il controllo “tra società”);

II) a condizione che vi siano “contratti e clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare attività di direzione e coordinamento”.

Precisa il successivo comma 2 – per quanto qui interessa:

«2. Il controllo si considera esistente nella forma dell’influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni:

1) (omissis);

«2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione...».

Anche sul “versante” del T.u.b. è agevole rilevare che, nel caso delle “FOB maggioritarie” – salva l’ipotesi in cui esistano «clausole contrattuali e statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l’attività di indirizzo e coordinamento» – il controllo in senso stretto, operativo, non è provato.

Anche relativamente all’influenza dominante il potere di nomina degli amministratori, esercitato di norma ogni tre anni, non configura tale influenza se rimane isolato e fine a se stesso.

E’ da ascriversi, quindi, ai “verba generalia ac superficialia” l’affermazione “di principio” sull’incompatibilità, per le FOB, della

---

<sup>11</sup> M. DE POLI, *Sub art. 23*, in AA. VV., *Commentario al Testo unico*, cit., I, 247 ss.

situazione di “proprietaria” di banche con la funzione e natura di enti non profit<sup>12</sup>.

9. *Le FOB come investitrici istituzionali e rentières alla luce della regolazione “multistrati” di settore.*

Viceversa, la posizione di socia stabile ed istituzionale – di rentière, per usare un’elegante locuzione francese che fa un po’ “*Belle Epoque*”<sup>13</sup> – è coerente, e funzionale all’utilizzo della rendita azionaria per l’assolvimento degli scopi di utilità sociale della fondazione. Non a caso, di recente, fondazioni azioniste (minoritarie) di banche ne hanno acquistato ulteriori, limitati, pacchetti azionari.

L’esperienza ultraventennale mostra che, nel tempo, tutte le FOB obbligate ex lege a farlo<sup>14</sup> hanno dismesso il controllo interno (singolo o congiunto) delle società bancarie (ma, prima che ciò accadesse, in alcuni casi, avevano esercitato un incisivo potere di ingerenza esterna nell’azione imprenditoriale della società).

Non è, quindi, oziosa la questione se ed in che misura le “FOB maggioritarie” – legittimate, in deroga, a conservare le rispettive partecipazioni – possano esercitare un potere di direzione esterna sulle società bancarie di cui sono azioniste.

Significative risposte, in tema, si rinvengono nella regolazione specifica delle FOB, la quale si compone di una pluralità di fonti, di natura diversa:

I) il d.lgs. n. 153/1999 e s.m.i., che contiene diverse disposizioni in punto;

II) i provvedimenti dell’Autorità di Vigilanza, che possono essere atti precettivi generali o atti singolari di vigilanza, sia preventiva (e sono speculari all’obbligo, da parte delle FOB, di informare l’Autorità di

---

<sup>12</sup> V. SANASI D’ARPE, *Le attività delle fondazioni di origine bancaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2015, 10 ss.

<sup>13</sup> F. ILLIES, *1913 I nodi*, Venezia, 2013, contiene una rappresentazione vivacissima dell’ultimo anno di “*Belle Epoque*” prima della guerra mondiale.

<sup>14</sup> A. PREDIERI, *Fondazioni bancarie, dismissione coattiva della partecipazione di controllo nelle società bancarie e compiti di sviluppo economico degli enti locali* in, AA. VV., *Le «fondazioni» bancarie*, cit., 117 ss., formulò più di un rilievo sulla costituzionalità di tale disposizione.

eventi o eventualità rilevanti, al fine di avere “indicazioni”, anche informali) che correttiva<sup>15</sup>;

III) l’Accordo stipulato nel 2015 tra il MEF e le FOB, ch’è un atto programmatico consensuale che conforma i comportamenti futuri dei sottoscrittori;

IV) la “Carta delle Fondazioni”, adottata in sede ACRI nel 2012, atto di autoregolamentazione associativa, anch’esso programmatico;

V) gli Statuti delle singole fondazioni.

Ci si limita a sottolineare la peculiare valenza regolatoria dell’“Accordo”, della “Carta” e degli Statuti, i quali tutti hanno efficacia autoconformativa (in quanto, il primo, è stato liberamente concordato con il MEF e gli altri due sono stati autonomamente deliberati, in sede associativa o singolarmente).

Rientrano, quindi, *optimo iure*, – assieme al d.lgs. e ai provvedimenti di vigilanza del MEF – nella regolazione modernamente intesa, che – con riferimento ai soggetti interessati – è stata definita di diritto privato regolatorio<sup>16</sup>.

Per quanto qui specificamente interessa dall’insieme delle fonti richiamate si trae un convergente indirizzo precettivo che configura il ruolo delle FOB – ivi comprese quelle “maggioritarie” – quali meri investitori istituzionali di lungo periodo, doverosamente attenti ai risultati della gestione della s.p.a. bancaria (a tutela del valore e dei frutti della quota del patrimonio tuttora in essa investito, ma estranei alla gestione).

Tale univoco statement precettivo è palesemente una derivata del più generale, già richiamato, indirizzo politico – legislativo di separazione tra le FOB e le società bancarie conferitarie.

A partire – per quanto ci riguarda – dalla disposizione dell’art. 4, comma 2 bis, del d.lgs. n. 153/1999, che vieta agli amministratori delle FOB di ricoprire analoghe cariche nelle s.p.a. bancarie, e viceversa, ed ha posto fine alla “sovrapposizione”, avvenuta, in alcuni casi, negli anni immediatamente successivi al conferimento delle aziende bancarie alle neocostituite società.

---

<sup>15</sup> Si riprende una nozione coniata in tema di vigilanza bancaria: S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016, 23 ss.

<sup>16</sup> R. NATOLI, *Il diritto privato regolatorio*, in *Rivista della regolazione dei Mercati.*, n. 2/2020.

Il divieto di cumulo delle cariche è ripreso in molti statuti fondazionali.

Conferme di questa tendenza di sempre più netta separazione tra la proprietà e la gestione, escludente il controllo in senso societario, si rinvengono in tutti e cinque i tipi di fonti soprarichiamate.

E' appena il caso di aggiungere che la netta opzione regolatoria a favore di partecipazioni maggioritarie di FOB – ove ammesse – “non interventiste” nell’impresa bancaria, non significa, ovviamente, che – nella realtà effettuale – le scelte strategiche gestionali non siano “annunciate” ed illustrate dagli amministratori agli azionisti “di riferimento”, ma ciò – ad onta dei “puristi dell’irrealtà” e del conflitto d’interessi endemico – avviene sempre ed ovunque).

Di converso esiste un forte deterrente a “sconfinamenti” – riscontrabili dal MEF o in sede giurisdizionale – della “FOB maggioritaria” nella funzione di direzione e gestione strategica della banca ed è la perdita della qualificazione di ente “non economico” e delle connesse agevolazioni fiscali, poiché tale attività di controllo in senso effettivo è considerata, in sede eurounitaria, un’“attività economica” (Corte di Giustizia, sentenza 10 gennaio 2006, in causa C-222/04).

Nel caso dell’opa promossa da “Sparkasse” su “Civibank” tutti i dati documentali escludono qualsiasi ingerenza ideativa, deliberativa o esecutiva della Fondazione Cassa di Risparmio di Bolzano, in conformità ai precetti regolatori delle varie fonti.