

TESTO UNICO BANCARIO

Commentario

a cura di

Mario Porzio

Franco Belli

Giuseppe Losappio

Marilena Rispoli Farina

Vittorio Santoro



GIUFFRÈ EDITORE

Mattei, F. Pulitini (a cura di), *Consumatore, ambiente, concorrenza: analisi economica del diritto*, Milano, 1994. BENOCCI A., *Fenomenologia e regolamentazione del rapporto banca-industria. Dalla separazione per soggetti alla separazione per ruoli*, Pisa, 2007. BRESCIA MORRA C., *Società per azioni bancaria: proprietà e gestione*, Milano, 2000. BRESCIA MORRA C., sub art. 19, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2002. CARBONETTI F., *I cinquant'anni della legge bancaria*, in *Riv. società*, 1986, IV, 849. CASADEI M., *La separatezza tra banca e industria: evoluzione della disciplina*, in *Bancaria*, 1998, III, 60. CASTALDI G., FERRO-LUZZI P., *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996. CIOCCA P., *Su alcuni motivi che consigliano di tenere la banca "separata" dall'industria*, in *Economia e pol. ind.*, 1987, V, 93. COSTI R., *Banca e industria*, in M. Rispoli Farina (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Napoli, 1995. COSTI R., *L'identificazione dei soci delle società bancarie*, in *Banca, Impresa, Società*, 1986, II, 221. COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007. ENRIQUES L., *Il conflitto di interesse nella gestione delle banche*, in F. Riolo, D. Masciandaro (a cura di), *Il governo delle banche in Italia*, Roma, 1999. GUACCERO A., *La partecipazione del socio industriale nella società bancaria*, Milano, 1997. LAMANDA C., *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, in F. Capriglione (a cura di), *Studi per il cinquantenario della legge bancaria*, Roma, 1987. LUCARINI D., *La separatezza tra banca e industria: il punto di vista di un giurista*, in *AGE*, 2004, I, 63. MINERVINI G., *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, VI, 619. MOTTI C., *Obblighi di comunicazione - Richiesta di informazioni*, in F. Belli, G. Contento, A. Patroni Griffi, M. Porzio, V. Santoro (a cura di), *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003. NASTASI V., sub art. 20, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2002. NUZZO A., *La separatezza tra banca e industria*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996. PATRONI GRIFFI A., *La partecipazione al capitale e il controllo degli enti creditizi*, in U. Morera, A. Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Milano, 1996. ROVINI C., *La disciplina delle interessenze tra banca e industria*, in F. Belli (a cura di), *La disciplina amministrativa del credito e della finanza nel passaggio dalla legislazione del 1936-1938 al testo unico del 1993*, Milano, 1995. SANTORO V., *I rapporti di partecipazione tra banca e industria*, in A. Brozzetti, V. Santoro (a cura di), *Le direttive comunitarie in materia bancaria e l'ordinamento italiano*, Milano, 1990. SANTORO V., *Il coordinamento del testo unico bancario con la riforma delle società. Due profili problematici: gli assetti proprietari e l'indipendenza degli esponenti aziendali*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2005, I, 3. SARACENO P., *Le riforme istituzionali e il pensiero giuridico*, in Banco di Roma (a cura di), *Banca e industria fra le due guerre*, Bologna, 1981. TIDU A., sub art. 21, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2002. TONIOLO G., *Industria e banca nella grande crisi, 1929-1935*, Milano, 1978. TROLANO V., *Gli intermediari bancari*, in F. Capriglione (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005.

Articolo 22

Partecipazioni indirette e acquisti di concerto

1. Ai fini dell'applicazione dei capi III e IV del presente Titolo si considerano anche le partecipazioni acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona.

1-bis. Ai fini dell'applicazione dei capi III e IV si considera anche l'acquisizione di partecipazioni da parte di più soggetti che, in base ad accordi in qualsiasi forma conclusi, intendono esercitare in modo concertato i relativi diritti quando tali partecipazioni, cumulativamente considerate, raggiungono o superano le soglie indicate nell'articolo 19.

Articolo 23

Nozione di controllo

1. Ai fini del presente capo il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società, nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile e in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto il potere di esercitare l'attività di direzione e coordinamento.

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

1) esistenza di un soggetto che, sulla base di accordi, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori o del consiglio di sorveglianza ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti ai fini delle deliberazioni relative alle materie di cui agli articoli 2364 e 2364-bis del codice civile;

2) possesso di partecipazioni idonee a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza;

3) sussistenza di rapporti, anche tra soci, di carattere finanziario ed organizzativo idonei a conseguire uno dei seguenti effetti:

a) la trasmissione degli utili o delle perdite;

b) il coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese ai fini del perseguimento di uno scopo comune;

c) l'attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute;

d) l'attribuzione, a soggetti diversi da quelli legittimati in base alla titolarità delle partecipazioni, di poteri nella scelta degli amministratori o dei componenti del consiglio di sorveglianza o dei dirigenti delle imprese;

4) assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi.

Sommario: 1. Premessa: l'art. 23, co. 1 e il rinvio all'art. 2359 c.c. — 2. La nozione di "controllo" di cui all'art. 2359 c.c. e di taluni suoi profili problematici: a) il controllo plurimo disgiunto e i patti di sospensione del voto. — 3. (segue): b) "controllo", "influenza dominante" e "direzione unitaria". — 4. (segue): c) il "controllo" congiunto (e l'azione di concerto funzionale al controllo congiunto). — 5. (segue): d) "controllo" e regolamentazioni statutarie o convenzionali del voto. — 6. (segue): e) il "controllo" contrattuale. — 7. L'art. 23, co. 2 e il controllo da altri rapporti giuridici. — 8. L'art. 22, la partecipazione indiretta e l'azione di concerto.

Commento di Marco Lamandini

1. Il co. 1 dell'art. 23 formula — come è invero consueto nella legislazione speciale in tema di "controllo" — un rinvio pieno alle disposizioni dell'art. 2359, co. 1 e 2 c.c., avendo cura tuttavia di precisare che « ai fini del presente capo il controllo sussiste, anche con riferimento a soggetti diversi dalle società ... ». Ciò vale senz'altro ad ampliare, rispetto alla nozione codicistica (che ha ambito rigorosamente endosocietario), il novero soggettivo di coloro che possono costituire il termine attivo del controllo, e cioè il **controllante**; non dovrebbe viceversa valere quanto al termine passivo di esso, e cioè la **controllata**, atteso che la nozione di controllo in commento, come emerge nitidamente dalla espressa delimitazione di essa « ai (soli) fini del presente capo », è funzionale alla disciplina delle sole banche italiane (nonché delle società finanziarie capogruppo, ai sensi dell'art. 63) e nell'ordinamento italiano esse hanno necessariamente forma societaria. Diverso discorso vale con riguardo alla nozione di controllo funzionale alla definizione del perimetro del gruppo bancario ai sensi dell'art. 60, dal momento che il gruppo bancario può comporsi anche di controllate estere (comunitarie e extracomunitarie), rette dal diritto societario e bancario del paese di origine. Ciò potrebbe in astratto porre il problema di soggetti controllati esteri non aventi la forma giuridica societaria. L'art. 59, co. 1, lett. a) prevede, in quel diverso contesto, che « il controllo sussiste nei casi previsti dall'art. 23 ». Il rinvio alla norma speciale, invece che alla norma codicistica — come invece avveniva nella prima versione dell'art. 59, poi novellato dal d.lgs. 310/2004 — consente di ricomprendere, quali termini passivi del controllo, anche soggetti esteri controllati diversi dalla società, vuoi

in ragione dell'inciso secondo cui il controllo sussiste « anche con riferimento a soggetti diversi dalle società » vuoi per effetto dell'ulteriore precisazione che il controllo ricorre « in presenza di contratti o di clausole statutarie che abbiano per oggetto o per effetto di esercitare l'attività di direzione e coordinamento ». Precisazione, quest'ultima, introdotta essa pure dal d.lgs. 310/2004 e che recepisce in questo contesto la fattispecie di cui all'art. 2497-septies c.c. (1).

2. In considerazione del rinvio operato dal co. 1 ai « casi previsti dall'art. 2359, commi primo e secondo del codice civile », conviene dedicare qualche attenzione a quella nozione di controllo — che, come è noto, è stata al centro di un intenso e talora vivace dibattito dottrinale negli anni Novanta (2) — per verificare le conseguenze applicative del rinvio alla disciplina codicistica operato dalla norma speciale. Va anzitutto rilevato come l'art. 2359 co. 1, nn. 1-3 c.c. presenti rilevanti margini di ambiguità già nel suo *incipit* (« si considerano società controllate... »), giacché tale formula potrebbe essere considerata imperativa (dovendosi considerare una *factio iuris* o comunque una presunzione assoluta), ovvero una presunzione relativa, tale cioè da ammettere la possibilità per la società che detenga una partecipazione che sia pari « alla maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria » (art. 2359 n. 1 c.c.) ovvero che sia astrattamente « sufficiente per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria » (art. 2359 n. 2 c.c.) di dare la prova contraria, e cioè la prova del mancato ricorrere in concreto dell'influenza dominante anche solo potenziale. La questione assume particolare rilevanza concreta con riferimento alle ipotesi di "controllo plurimo disgiunto" e in particolare in quelle situazioni — già note alla prassi ma la cui emersione "alla luce del sole" dovrebbe essere ora favorita dalla loro espressa legittimazione risultante dalla previsione di cui all'art. 2497-septies c.c. — in cui, pur al di fuori di situazioni di interposizione (le quali rileverebbero sotto il profilo del controllo indiretto), la detenzione della partecipazione azionaria di maggioranza assoluta o relativa (pur in una situazione di azionariato diffuso) non si accompagni né all'effettivo esercizio dell'**influenza**

(1) Sulla quale v. diffusamente, con varietà di accenti, CARIELLO, sub artt. 2497-sexies e 2497-septies, 1094; NIUTTA, *Sulla presunzione*, 983; MONTALENTI, *Direzione e coordinamento*, 870.

(2) Estremamente ampia è dunque la letteratura: senza alcuna pretesa di completezza v., per limitarsi agli studi monografici precedenti la riforma del diritto societario (dove tutti gli ulteriori rinvii), con varietà di accenti: LAMANDINI, *Il "controllo, passim*; STELLA RICHTER, *"Trasferimento del controllo"*, 76; DONATIVI, *Impresa e gruppo*, 132; SCHIUMA, *Controllo, passim*; TOMBAI, *Il gruppo*, 25; SCOGNAMIGLIO, *Autonomia e coordinamento*, 99; CARIELLO, *"Controllo congiunto"*, *passim*; RIMINI, *Il controllo, passim*; RONDINONE, *I gruppi*, 165 cui devono aggiungersi almeno, gli interventi di COSTI, *Due pareri*, 1023 (e già prima in *Il gruppo SIM — parere, ivi*, 22); MARCHETTI, *Note*, 14; FIGÀ TALAMANCA, *Direzione*, 353; SPOLIDORO, *Il concetto di controllo*, 470; MOSCO, *Il controllo*, 1651; BARCA, *Il gruppo*, 111. Dopo la riforma si v. almeno LAMANDINI, sub art. 2359, *passim*; NOTARI, BERTONE, sub art. 2359, 665.

dominante né alla semplice titolarità potenziale del relativo potere giacché la società partecipata è *stabilmente* eterodiretta da altri soci o da terzi ad esempio in virtù di contratti di dominio “debole” (ai sensi del già ricordato art. 2497-septies c.c.) i quali attribuiscono il potere di direzione e coordinamento a soggetti diversi dal titolare della partecipazione di maggioranza (assoluta o relativa). Lo stesso è a dirsi in situazioni in cui, a dispetto degli assetti partecipativi e senza che si realizzi un’interposizione, la società sia controllata da un soggetto diverso da chi detenga la maggioranza assoluta o relativa del capitale per effetto di altri rapporti giuridici (quali, ad esempio, quelli elencati al co. 2 dell’art. 23) o non sia affatto controllata dal socio pur formalmente di maggioranza, per effetto di autonome scelte autolimitative nell’esercizio del potere da esso contrattualmente assunte. Orbene se, come a me sembra, in difetto di un’espressa previsione che ammetta la prova contraria, la definizione di controllo va ritenuta a contenuto imperativo, come si è in genere portati a ritenere che siano le norme definitorie ⁽³⁾ e come potrebbe portare a ritenere altresì il fatto che l’ultimo co. dell’articolo in commento sembra distinguere tra il significato da attribuire al verbo “considerare” (espressivo di una qualificazione necessaria) e al verbo “presumere” (espressivo invece di una riconduzione induttiva che ammette la prova contraria), ne segue che, in base a quanto previsto nel co. 1 dell’art. 2359 c.c.: (a) il socio titolare della maggioranza solo relativa del capitale ordinario potrebbe sottrarsi all’operare nei suoi confronti della qualificazione in termini di società controllante, laddove vi fosse il controllo esterno di altri (di cui il titolare della partecipazione non possa dirsi mero interposto), solo contestando che quella partecipazione, nello specifico caso, effettivamente attribuisca “voti *sufficienti* per esercitare un’influenza dominante nell’assemblea ordinaria” e dunque rientri nella fattispecie qualificatoria di cui al n. 2 della norma cui automaticamente il legislatore ricollega lo “status” di controllante: ciò tuttavia potrebbe avvenire solo a costo di una davvero insicura lettura “ortopedica” della disposizione in esame, giacché la norma con tutta evidenza ha riguardo, ai fini della qualificazione, esclusivamente ai rapporti di forza in sede di assemblea ordinaria e ai voti colà esercitabili (consentendo così al socio di maggioranza relativa di dimostrare che in effetti i suoi voti non sono determinanti, in concreto, ai fini dell’adozione delle delibere assembleari) mentre non sembra attribuire in sé alcun rilievo all’eventuale interferenza tra controllo interno ed esterno; (b) la lettera del n. 1 della norma parimenti non consente a chi « dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell’assemblea ordinaria » di sottrarsi alla riconduzione alla qualifi-

⁽³⁾ Sul tema v. almeno, anche per ulteriori riff., TARELLO, *L’interpretazione*, 153 (pur riconoscendosi che “nel settore circoscritto, e sempre più assediato dalla legislazione speciale, della interpretazione del codice civile la cultura dominante e la prassi degli operatori dell’applicazione tende a considerare più deboli le norme ricavate dagli enunciati definitori”).

cazione di controllante anche in ipotesi di concorrente controllo esterno. Come detto, ciò non esclude che — in entrambi i casi ora considerati — la *presunzione* non possa essere temperata in base a quanto previsto dal co. 2 della norma in esame, là dove essa prevede che « ai fini dell’applicazione dei nn. 1 e 2 del co. 1 non si computano i voti spettanti per conto di terzi », a condizione tuttavia che, nei singoli casi concreti, il socio di maggioranza assoluta o relativa riesca a dimostrare, sulla base dell’insieme delle circostanze di fatto, che egli altro non fa che nominare amministratori in realtà designati da terzi (se del caso, essi si controllanti indiretti) e che di conseguenza la sua posizione giuridica è quella di una semplice persona interposta: ciò che tuttavia dipende evidentemente dallo specifico assetto degli interessi ravvisabile nelle specifiche circostanze concrete. La circostanza del resto che la qualificazione di controllante interno possa essere attribuita al socio pur in caso di concorrente controllo esterno di terzi o di non esercizio di controllo effettivo non risulta necessariamente irragionevole in termini funzionali. Essa finisce infatti con l’esprimere il principio secondo cui l’esistenza di una partecipazione organica idonea ad attribuire la *potenzialità* astratta dell’esercizio dell’influenza dominante in assemblea ordinaria è quanto è sufficiente per ricollegare alla fattispecie le discipline che vengono *dettate* in relazione al “controllo”, essendo dunque qui sufficiente il “pericolo” dell’influenza dominante e non occorrendo — nel caso di controllo interno — “l’evento” dell’influenza dominante effettiva. Allo stesso risultato dell’imputazione del controllo e dell’applicazione della relativa disciplina pur in *assenza* di un effettivo esercizio dell’influenza dominante dovrebbe probabilmente pervenirsi anche laddove il socio che detenga la maggioranza assoluta del capitale ordinario concludesse contratti parasociali per effetto dei quali esso si spogliasse del potere di influenza dominante, oltre che a favore di un terzo non socio, anche al più limitato fine di favorire gli assetti di governo nei quali esso non eserciterebbe alcun voto determinante in considerazione proprio degli specifici impegni contrattuali di sospensione parziale del voto assunti (fattispecie *questa* che la prassi già conosce ed è anche teoricamente approfondita nell’esperienza tedesca del c.d. *Entherrschungvertrag*) ⁽⁴⁾. Non sembra infatti che possa darsi una lettura dell’espressione “disporre della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria”, tale per cui non sarebbero “esercitabili” né si “disporrebbe” dei voti che, pur spettanti in base alla titolarità dell’azione ordinaria, sarebbero impediti nel loro esercizio (sarebbero cioè “sospesi”) per effetto di convenzioni tra i soci o di convenzioni con terzi non opponibili alla società (accordi, sia detto per inciso, che, quanto alla disciplina bancaria, paiono rilevanti anche ai fini dell’art. 20, co. 2). Una simile lettura, infatti, non sembra poter fare leva sull’esenzione prevista dal co. 2 per l’esercizio dei voti “per conto

⁽⁴⁾ Si v. LAMANDINI, *Nozioni e “tipo”*, 79; LAMANDINI, *Qualche spunto*, 1459.

terzi" giacché in questo caso ciò che ricorre non è un esercizio per conto terzi ma è un mancato esercizio dei voti. Tale lettura sembrerebbe inoltre confliggere tanto con la *ratio* quanto con la lettera della norma in commento. Con la *ratio*, in considerazione del fatto che il legislatore, come si è visto, ha qualificato il controllo interno quale fattispecie potenziale, sicché in tanto si potrà non applicare la disciplina in quanto si dia piena prova del fatto che la titolarità dei voti esclude anche la mera potenzialità del controllo: ciò che vincoli puramente parasociali non possono in genere assicurare. Con la lettera, in quanto i vincoli all'esercizio del voto di fonte puramente parasociale sono in principio inopponibili alla società, sicché i diritti di voto, per quanto "sospesi" o comunque "limitati" in base alla convenzione parasociale, restano formalmente pienamente "esercitabili" nei confronti della società. A diverso risultato interpretativo sembra invece potersi pervenire (come si dirà anche *infra*) con riguardo ai limiti statutari oggi con larghezza ammessi dall'art. 2351 c.c., di modo che, ad esempio, il socio che detenga la maggioranza assoluta del capitale ordinario in una società che adotti il voto scalare o preveda in statuto la sospensione del diritto di voto oltre una certa soglia partecipativa non appare "disporre" della maggioranza "dei voti esercitabili in assemblea ordinaria". Resta da chiedersi come vada trattata l'ipotesi intermedia tra le due da ultimo testè evocate, in cui cioè l'autolimitazione sia convenzionale e non statutaria ma la società sia parte della convenzione limitativa dei diritti. Qui, in effetti, l'opponibilità alla società dei limiti autoassunti dal socio sembrerebbe ricorrere, pur in presenza di pattuizioni parasociali e non sociali in senso stretto.

3. Il rinvio all'art. 2359 c.c. effettuato dal co. 1 dell'art. 23 e la duplice circostanza che, da un lato, il co. 2 della norma in commento individui ulteriori situazioni di controllo rilevanti ai fini del Testo Unico precisando che in tali situazioni « il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria » e, dall'altro lato, l'art. 2497-*sexies* c.c. preveda ora che il controllo fa presumere, fino a prova contraria, la direzione e il coordinamento consentono (e in qualche misura impongono) di precisare il rapporto esistente tra "controllo", "influenza dominante" e "direzione e coordinamento". Sembra emergere infatti, dal coordinato disposto degli artt. 2359 e 2497-*septies* c.c., che l'influenza dominante di cui al numero 3 dell'art. 2359 c.c. (quella cioè esercitata dalla controllante esterna in base a contratti per effetto dei quali la controllata « è sotto l'influenza dominante » della prima) coincide con quel potere di *effettivo* indirizzo strategico e gestionale della controllata che l'art. 2497-*septies* c.c. di per sé qualifica come direzione e *coordinamento*. Al contrario, l'influenza dominante espressamente menzionata dall'art. 2359, co. 1, n. 2, c.c. ma (per opinione pacifica) implicitamente postulata anche al numero 1 della medesima norma, ha esclusivamente riguardo al *potere in assemblea*, non invece al potere sulla società nel suo complesso e in particolare sul comporta-

mento gestionale dei suoi amministratori. È pur evidente che il potere in assemblea è ritenuto sintomatico di controllo (e dunque indice presuntivo di esso), in quanto consente la nomina e la revoca degli *amministratori* (indirettamente, tramite la nomina dei componenti il consiglio di *sorveglianza*, nel caso del sistema dualistico di cui agli artt. 2409-*novies* e 2409-*duodecies* c.c.) e dunque, per tale via, conferisce un'indiretta influenza sull'*indirizzo* strategico e gestionale della controllata. Ciò è ora espressamente reso manifesto dall'art. 2497-*sexies* c.c., che a sua volta ricollega al controllo interno una presunzione di direzione e coordinamento. Ciò non di meno, poiché rimane una *differenza* tra, da un lato, influenza dominante effettiva *sulla società* e, dall'altro *lato*, influenza dominante potenziale e effettiva *in assemblea*, questa presunzione è solo relativa e il legislatore dell'art. 2497-*sexies* c.c. correttamente ammette il controllante interno (che, come si è visto, è qualificato in base alla titolarità di un potere di influenza in assemblea) 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. È dunque esatto dire che il tratto unificante delle *varie* nozioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c. consiste nel potere di influenza *dominante* sulla società controllata, purché si abbia tuttavia cura di precisare *che* quel potere, come risulta evidente dall'art. 2497-*sexies* c.c., non coincide in modo assoluto con la "direzione unitaria" o la "direzione e coordinamento" di cui all'art. 2497 c.c. ed è rilevante nelle ipotesi di "controllo interno" già *come* semplice possibilità di influire in modo determinante sulla nomina in assemblea dell'organo amministrativo (senza che, almeno teoricamente, occorra il suo concreto manifestarsi nell'effettiva nomina di "propri" amministratori o nel condizionamento delle scelte gestionali di questi) mentre nel caso di controllo esterno esso è un potere effettivo nei confronti della società, che *prescinde* dalle regole organizzative proprie della società e in tal modo devia dal "normale" meccanismo di trasmissione degli impulsi decisionali dal socio o dai soci che detengano la maggioranza azionaria agli amministratori che è preso in *considerazione* dai primi due nn. dell'art. 2359 c.c. Ciò esclude, mi pare, che il "controllo" o la stessa "influenza dominante" possano dirsi dei veri e propri "concetti" — *giacché* ciò postulerebbe un'unitarietà di fattispecie che *continua* a sfuggire a *mio modo di vedere* alla molteplicità delle nozioni legislative — mentre tuttora mi pare (malgrado l'unanime opinione contraria) che se ne *giustifichi*, pur senza alcun attentato alla certezza del diritto (giacché l'approccio tipologico non rinuncia affatto, mi pare, ad individuare e definire il tratto minimale unificante delle diverse nozioni), la loro configurazione teorica in termini di "tipo" (5): il

(5) In tema v. LAMANDINI, *Nozioni e "tipo"*, 51 ss. Per una serrata *critica* di questa impostazione, v. almeno SPOLIDORO, *Il concetto*, 462; NOTARI, *La nozione di controllo*, 207 e — in modo più sfumato — CARIELLO, *"Controllo congiunto"*, 30.

“tipo”, a differenza del “concetto” resta unitario anche laddove l’elemento aggregante delle fattispecie — e cioè il tratto minimale del potere — abbia un contenuto che va, anche a seconda che ricorra o non ricorra la partecipazione al capitale, lungo una “retta continua” (6) da un minimo consistente nel potere di 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.

4. Il rinvio svolto dall’art. 23 all’art. 2359, co. 1 e 2, c.c. induce a considerare anche in questo contesto anche la *vexata questio* della rilevanza del controllo congiunto. Per vero, nel micro-sistema del Tub è stata fino ad ora opinione sostanzialmente unanime che, quale che sia l’ampiezza dell’art. 2359 c.c. sul punto, l’art. 23 prendesse in considerazione solo il controllo solitario o esclusivo e non quello congiunto, dal momento che la nozione dell’art. 23 si pone in relazione a discipline che sembrerebbero principalmente postulare l’esistenza di un solo controllante (ne sarebbe emblematica conferma la disciplina del gruppo bancario). Ciò tuttavia non convinceva del tutto prima della recente riforma dell’art. 22 introdotta dal d.lgs. di recepimento della direttiva 2007/44/CE e mi sembra oggi sostanzialmente contraddetta dalla riforma. Già prima della riforma mi pareva infatti che, se è certamente vero che la disciplina del gruppo creditizio, per sua natura, appare applicabile solo a situazioni di controllo solitario (gli artt. 60 e 61 ammettono una sola capogruppo), le norme in materia di autorizzazione alla partecipazione al capitale delle banche possano riservare comunque una precisa area di rilevanza funzionale anche al controllo congiunto. Ciò al pari di quanto avviene in materia di bilancio consolidato bancario, ove è previsto il consolidamento proporzionale in caso di controllo congiunto. A riguardo mi pareva, già prima del recepimento della direttiva 2007/44/CE, che dovessero svolgersi due ordini di considerazioni: (A) Da un lato, a mio modo di vedere, dopo la riforma del diritto societario generale la compatibilità del controllo congiunto con il tratto unificante minimale del controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. rappresentato dall’influenza dominante è più sicura, sicché a me continua a sembrare che l’art. 2359 c.c. ricomprenda tra le fattispecie di controllo anche quella situazione in cui più persone o enti “hanno concluso un accordo scritto che li obbliga ad adottare, con un esercizio concertato dei diritti di voto che detengono, una politica comune durevole nei confronti della gestione della società in questione” (per riprendere la formula descrittiva, pur non impeccabile, che ne dà ai suoi fini particolari la dir. 2001/34/CEE all’art. 92, co. 1, lett. d). Benché infatti il legislatore della riforma non abbia preso espressa posizione sul tema direttamente nell’ambito dell’art.

(6) NOTARI, *La nozione di controllo, passim*.

2359 c.c., non deve trascurarsi, mi pare, che il nuovo art. 2341-*bis* c.c., codificando il principio già prima introdotto nella disciplina speciale dall’art. 122 Tuf, ha espressamente precisato che possono esservi patti parasociali che, al fine di stabilizzare il governo della società, hanno per oggetto o per effetto *l’esercizio anche congiunto di un’influenza dominante* su tali società. Risulta così respinto l’argomento letterale in passato con più veemenza opposto (7) alla proposta interpretativa diretta a ricondurre anche il controllo congiunto entro la nozione di controllo di cui all’art. 2359 c.c.: l’argomento cioè in forza del quale l’influenza determinante (che è la nozione utilizzata dall’art. 7 della legge antitrust ai fini della definizione di controllo, la quale ricomprende espressamente anche il controllo congiunto) e l’influenza dominante (di cui all’art. 2359 c.c.) sarebbero fattispecie tra loro diverse proprio in quanto solo la prima e non la seconda si presterebbe ad “accogliere” anche il controllo congiunto. L’art. 2341-*bis* c.c. sembra dimostrare proprio il contrario e cioè che, in ipotesi di controllo congiunto, si è — ai fini codicistici — sempre dinanzi ad una fattispecie di influenza dominante. Ciò naturalmente non significa, di per sé, che si debba leggere l’art. 2359 c.c. nel senso che, ove esso menziona l’influenza dominante, necessariamente intenda anche l’influenza dominante congiunta. Significa tuttavia che, se è pur vero che la riconduzione del controllo congiunto alla nozione dell’art. 2359 c.c. non può predicarsi *sic et simpliciter* in base al solo argomento letterale, non è tuttavia neppure possibile predicare il contrario, come viceversa la dottrina forse maggioritaria aveva fatto fino alla riforma del diritto societario enfatizzando proprio l’argomento letterale di cui si è detto. La riconduzione o meno del controllo congiunto entro la nozione in particolare dell’art. 2359 n. 2 c.c. (giacché normalmente trattasi di controllo congiunto da patti parasociali, e dunque di una fattispecie che si innesta sulla partecipazione organica) può dunque essere effettuata solo in base a valutazioni di tipo sistematico e funzionale (8). A riguardo, una prima posizione interpretativa continua ad essere quella di ritenere che, poiché in taluni casi la legislazione “speciale” ha talora specificato quando il controllo congiunto rientri nell’ambito di applicazione della relativa disciplina, la sua mancata espressa previsione nel novero delle ipotesi di controllo di cui all’art. 2359 c.c. starebbe a significare che il legislatore ha preferito rendere inapplicabile alla società che è soggetta ad influenza dominante congiunta (normalmente in base ad un patto di sindacato) le discipline che rinviino all’art. 2359 c.c. ai fini dell’individuazione della fattispecie del controllo. Continuo a ritenere che questa interpretazione, pur assai autorevolmente sostenuta nel vigore della precedente disciplina (9) e tuttora

(7) In specie da NOTARI, *La nozione di controllo*, 247 e SPOLIDORO, *Il concetto*, 470.

(8) Per un’analitica dimostrazione, si cfr. CARIELLO, “Controllo congiunto”, 85.

(9) Si sono, tra gli altri, pronunciati in senso contrario alla riconducibilità del controllo congiunto entro la nozione dell’art. 2359 c.c., la quale si riferirebbe al solo controllo “solitario”: COSTI, *Due pareri*, 1021; COSTI, *I sindacati di blocco*, 47; MARCHETTI, *Note*, 7; MARCHETTI, *Sul*

ribadita dalla dottrina forse maggioritaria⁽¹⁰⁾, non sia da condividere e che si lasci invece preferire una seconda opzione interpretativa maggiormente “orientata alle conseguenze” e fondata su argomenti di tipo storico e funzionale⁽¹¹⁾. Rinviano ad altra sede una più analitica dimostrazione, basti qui dire che gli interessi protetti dalla disciplina degli artt. 2359 c.c. e seguenti necessitano di uguale tutela — in accordo con i migliori indirizzi interpretativi maturati nell’esperienza applicativa tedesca e con parte della più moderna dottrina italiana⁽¹²⁾ — tanto nelle ipotesi di controllo solitario quanto in quelle di controllo congiunto. Essendovi “influenza dominante”, seppur congiunta, la circostanza che la società controllata voti nell’assemblea della controllante congiunta mette infatti a rischio la sincerità del voto al pari di quanto avviene in situazioni di controllo solitario, giacché l’influenza che la controllante congiunta può avere sugli amministratori della controllata — se è in parte mitigata dalla presenza di altri co-controllanti — non è affatto esclusa. Da un lato infatti la controllante congiunta è tale in quanto pur non avendo da sola il potere di decidere ha un concorso volitivo necessario alla formazione della volontà del gruppo di comando⁽¹³⁾, di modo che ai suoi amministratori spetta nei confronti degli altri componenti del gruppo di comando un notevole potere di “persuasione” circa l’utilizzo della controllata congiunta anche a fini di perpetuazione del loro potere nella controllante. Dall’altro lato, come illustra assai bene la storia, non solo italiana, degli incroci azionari, il meccanismo “oligarchico” di controllo (come contrapposto a quello “dittatoriale”⁽¹⁴⁾ del controllante solitario) incentiva equilibri collusivi che, sotto il profilo in esame, facilmente prendono la forma dell’utilizzo della controllata, da parte di ognuno dei co-controllanti, in misura variabile in funzione del potere contrattuale di ciascuno, al fine di realizzare l’obiettivo, che la disciplina dell’acquisto delle azioni proprie intende contrastare, dell’autosostenimento dei gruppi dirigenti esistenti, con isolamento della compagine sociale dal mercato del controllo societario. È ben evidente, a me pare, che questi medesimi rischi possono risultare sottesi alla disciplina che subordina all’autorizzazione della Banca d’Italia l’acquisto e la detenzione delle partecipazioni bancarie di controllo. (B) Dall’altro lato, non mi

controllo, 1559; SBISA, *Il gruppo*, 43; SPOLIDORO, *Il concetto*, 487; DONATIVI, *Impresa e gruppo*, 171; in giurisprudenza v. Trib. Milano 6 novembre 1986, in *Giur. comm.*, 1986, II, 482.

⁽¹⁰⁾ Per tutti v. NOTARI, sub art. 2359, 729 (ove lo svolgimento di pur interessanti argomenti volti a contrastare la tesi esposta nel testo).

⁽¹¹⁾ Si v. per questo indirizzo, tra gli altri e oltre a LAMANDINI, *Appunti*, 243 e LAMANDINI, *Nozioni e “tipo”*, 241, BIN, *Il gruppo*, 529; con ampio e assai motivato percorso argomentativo CARIELLO, “Controllo congiunto”, *passim*.

⁽¹²⁾ CARIELLO, “Controllo congiunto”, 144.

⁽¹³⁾ Sul tema, per i necessari approfondimenti, v. almeno LAMANDINI, *Note*, 1081 e CARIELLO, “Controllo congiunto”, 43; MOSCO, *Il controllo*, 1651.

⁽¹⁴⁾ L’espressione era consueta nel dibattito che aveva preceduto il codice di commercio del 1882.

sembra che l’art. 20, co. 2, là dove prevede specifici obblighi di comunicazione alla Banca d’Italia « di ogni accordo, in qualsiasi forma concluso, compresi quelli aventi forma di associazione, che regola o da cui comunque possa derivare l’esercizio concertato del voto in una banca », valga a disciplinare in modo autonomo e autosufficiente la fattispecie dei patti parasociali escludendo che il legislatore intenda sottoporre ad autorizzazione preventiva l’acquisto del controllo congiunto. È bensì vero che l’obbligo di comunicazione si accompagna qui alla previsione che “quando dall’accordo derivi una concertazione del voto tale da pregiudicare la gestione sana e prudente della banca, la Banca d’Italia può sospendere il diritto di voto dei soci partecipanti all’accordo stesso”; ciò non di meno, per un verso, resta una profonda differenza funzionale e operativa tra autorizzazione preventiva e mera comunicazione successiva (per quanto suscettibile di dare luogo a provvedimenti di rigore), di tal ché non mi pare possa ritenersi che il controllo pubblico ai sensi dell’art. 20 sia un equivalente dell’autorizzazione preventiva all’acquisto del controllo congiunto; per altro verso, la nozione di “accordo” da cui derivi l’esercizio concertato del voto” appare più ampia che non la nozione di controllo congiunto, di modo che l’art. 20 potrebbe (e a mio avviso dovrebbe) ben trovare applicazione in svariati casi in cui l’accordo non è tale da costituire i partecipanti ad esso come controllanti congiunti della banca (come tale soggetti al regime dell’autorizzazione preventiva di cui all’art. 19). Giova infatti precisare, onde scongiurare arbitrarie estensioni della fattispecie (in cui in passato era incorso lo stesso legislatore bancario con l’art. 27 della l. 287/1990), che la nozione di controllo congiunto postula per la sua ricorrenza che ciascun co-controllante abbia un concorso volitivo necessario nella formazione della volontà unitaria del gruppo, nel senso cioè che non è sufficiente per il riconoscimento in capo a ciascun aderente ad un patto di sindacato della qualifica di co-controllante il semplice fatto dell’adesione al patto e che il patto riunisca la maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria: occorre infatti, a questo fine, un *quid pluris*, e cioè che o le regole organizzative del patto impongano l’agire all’unanimità ovvero fissino maggioranze che rendono necessario, se non su tutte almeno sulla gran parte delle più significative materie (come, con mano felice, ha previsto il legislatore inglese usando l’espressione “*on all, or substantially all, matters*”), il voto favorevole del socio che si pretende co-controllante.

Queste considerazioni mi pare trovino ora sostanziale conferma funzionale nel nuovo co. 1-bis dell’art. 22 introdotto dal decreto di recepimento della direttiva 2007/44/CE, che espressamente attribuisce rilevanza, nella definizione delle fattispecie soggette ad autorizzazione ai sensi dell’art. 19, anche agli acquisti di concerto (e dunque non più soltanto a fattispecie di acquisto “solitario”). È bensì vero che la nuova disposizione rende rilevanti tutti gli acquisti che riguardino partecipazioni che, cumulativamente considerate, superano le soglie indicate nell’art. 19 e dunque non si limita a considerare la sola ipotesi del controllo congiunto; ciò non di meno non è dubbio che quest’ultima

sia la fattispecie più rilevante dal punto di vista funzionale tra quelle ricomprese dalla nuova norma e che essa ricorra allorché si dia l'acquisto da parte di più soggetti di partecipazioni che, cumulativamente considerate (alla luce di tutte le circostanze del singolo caso concreto) attribuiscono un'influenza dominante congiunta sulla banca.

5. Già si è accennato, quanto al controllo interno, che il riferirsi delle nozioni di cui ai nn. 1 e 2 rispettivamente alla « maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria » e « ai voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria » risulta particolarmente pertinente — piuttosto che non il riferirsi *tout court* alla titolarità dell'azione ordinaria — in relazione ai più ampi poteri di modulazione del voto spettante all'azione ora previsti dall'art. 2351 c.c. Deve qui peraltro precisarsi che i « diritti di voto limitati a particolari argomenti » — consentiti dall'art. 2351 c.c. — saranno da computare solo nella misura in cui il voto sia esercitabile ai fini della nomina e della revoca degli amministratori e che i diritti di voto “subordinati al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative”, conformemente a quanto prevede da tempo il legislatore inglese saranno da considerare “*when the circumstances have arisen and for so long as they continue to obtain*”. Nel caso invece in cui la società abbia adottato tetti azionari o meccanismi di voto scalare (abbia cioè, così si esprime l'art. 2351, co. 2, c.c. “disposto scaglionamenti”, beninteso fuori del caso delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, alle quali questa possibilità è preclusa), come già si è detto, i voti da considerare ai fini dell'art. 2359 c.c. sono quelli che risultano per effetto dell'applicazione alla partecipazione del fattore regressivo previsto in statuto. Nel caso di pegno, usufrutto o sequestro di azioni recanti la maggioranza assoluta o relativa dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria, il controllo potrà ritenersi “trasferito” all'usufruttuario, creditore pignoratizio e custode giudiziario nella misura in cui, nelle singole circostanze e in base agli eventuali accordi intervenuti con l'usufruttuario o il creditore, possa fondatamente escludersi che il voto viene esercitato “per conto del socio” (in assenza cioè di istruzioni specifiche dei soci: v., seppur ad altri fini, l'art. 92, co. 1, lett. b) della dir. 2001/34/CEE). Il legislatore nazionale — a differenza di altri — ha ritenuto non necessario meglio specificare la fattispecie; tuttavia, interpretativamente e tenuto conto del requisito di stabilità (sia pure “relativa”) che caratterizza pur sempre, si direbbe anche nella sua proiezione prognostica (quella dell'influenza potenziale), la nozione di controllo, sembra possibile ulteriormente precisare, con riguardo al creditore pignoratizio ⁽¹⁵⁾, che i voti continuano a doversi imputare al socio anche quando il creditore pignoratizio, pur assumendo

⁽¹⁵⁾ Su cui v. POLI, *Il pegno*, 255.

l'impegno di votare nella normalità dei casi in base alle istruzioni ricevute dal socio, si riserva il diritto di votare nelle assemblee convocate per la adozione di delibere strettamente necessarie al mero fine di preservare il valore della garanzia, e sempre che, beninteso, nel novero di esse non si pretenda di fare rientrare anche il più generale potere di nominare gli amministratori della società. La capacità rappresentativa della definizione di controllo interno di cui all'art. 2359 c.c. non viene infine messa in discussione neppure dalle previsioni in materia di diritti “amministrativi” (e in specie di speciali diritti di nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza: art. 2351, ult. co., c.c.) spettanti a talune categorie di strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2346, ult. co., c.c. giacché per vincolo, seppur inespresso, di sistema il potere di nomina e revoca della maggioranza degli amministratori sembra doversi ritenere ancora riservato agli azionisti ordinari sicché sembra da escludere che, attraverso la emissione di una pluralità di categorie di strumenti finanziari partecipativi dotati ciascuno del diritto di nomina di un amministratore si possa pervenire al risultato di attribuire il potere di nominare la maggioranza degli amministratori a soggetti diversi dai soci ⁽¹⁶⁾. Ciò che non esclude affatto che il ricorso a siffatti strumenti potrà ora facilitare il consolidamento del controllo, ove gli stessi soci di controllo siano titolari degli strumenti finanziari partecipativi dotati di diritti amministrativi ora viceversa depotenziare il controllo specie laddove si sia in presenza di una pluralità di amministratori indipendenti nominati da possessori di strumenti finanziari diversi dal socio o dai soci di controllo e costoro siano titolari della maggioranza solo relativa del capitale ordinario.

6. Quanto al controllo esterno rilevante ai fini della nozione codicistica di controllo, il coordinato disposto dell'art. 2359 n. 3 c.c. e dell'art. 2497-septies c.c. sembra ora definitivamente chiarire, a mio parere, che l'influenza dominante evocata dal n. 3 della norma in commento non fa riferimento, contrariamente a quanto si è a lungo ritenuto e spesso viene ancora tralaticciamente ⁽¹⁷⁾ ripetuto, a situazioni in cui una società è economicamente dipendente da un'altra ovvero a situazioni (spesso riscontrabili in presenza dei medesimi rapporti contrattuali ora ricordati) in cui taluni specifici comportamenti (a rilevanza in genere concorrenziale) sono condizionati dal contraente “forte”, bensì a ben più circoscritte — ma non meno rilevanti — situazioni in cui si riscontri un'influenza dominante giuridicamente rilevante, la quale cioè si traduca in influenza gestionale e strategica (non già su ogni aspetto, ma necessariamente) sulla

⁽¹⁶⁾ Sul tema v. più diffusamente LAMANDINI, *Struttura finanziaria*, 153; dal punto di vista del diritto inglese, DAVIES, *Introduction*, 255.

⁽¹⁷⁾ V., ad esempio, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il nuovo diritto*, 80 (che pur riconosce che la riforma ha ora ammesso anche i contratti di dominio debole).

complessiva attività d'impresa della società dominata. Un potere di direzione che può essere — e normalmente è — l'oggetto del contratto (un oggetto lecito, se le direttive realizzano un'attività di direzione e coordinamento che, complessivamente considerata, non è pregiudizievole dell'interesse della controllata esterna, come si può ora argomentare dagli artt. 2497-septies c.c. e dall'art. 2545-septies c.c.) ma che talora può anche essere l'effetto di un contratto di altra natura, purché tuttavia la dipendenza economica che in esso ha fonte (e che di per sé non è sufficiente a dare luogo ad una relazione di "controllo" in senso giuridico) in concreto determini la traslazione all'esterno della società del potere di direzione dell'attività sociale⁽¹⁸⁾. Ne sono sintomatica applicazione, a ben vedere, anche i regolamenti di gruppo. È bensì vero che essi (salvo il caso dei regolamenti di gruppo paritetico) non fondano il controllo e si innestano in genere su relazioni di controllo interno (specie di diritto); essi, tuttavia, al contempo declinano in concreto le modalità di esercizio effettivo della direzione e del coordinamento, dando fonte negoziale a forme di esercizio dell'influenza dominante effettiva che si aggiungono alla mera titolarità dei poteri di influenza potenziale postulati dal controllo interno.

7. La norma dettata dal co. 2 dell'art. 23 prevede un elenco tassativo di fattispecie nelle quali « il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria ». Ciò significa anzitutto che le "situazioni" descritte dal co. 2 dell'art. 23, specificano da un lato, le ipotesi di controllo interno di fatto e di controllo esterno previste dall'art. 2359 c.c. È questo il caso dei nn. 1 e 2 del co. 2 dell'art. 23, che rispettivamente specificano come ricorra il controllo interno solitario di fatto in presenza di patti di sindacato che, facendo da leva alla partecipazione detenuta da un socio, gli attribuiscono il diritto di nominare o revocare da solo la maggioranza degli amministratori o di disporre da solo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria ovvero quando la partecipazione detenuta « è idonea a consentire la nomina o la revoca della maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione ». Dall'altro lato, alcune delle fattispecie previste dal co. 2 dell'art. 23 integrano l'ampiezza della nozione di controllo codicistica, rendendo rilevanti anche altri mezzi o rapporti idonei a fondare l'influenza dominante non previsti dall'art. 2359 c.c. (che, come si è visto, non contempla il controllo "in base ad altri rapporti giuridici" diversi dalla partecipazione organica o da relazioni contrattuali con la società), quali l'"assoggettamento a direzione comune, in base alla composizione degli organi amministrativi o per altri concordanti elementi" o "la sussistenza di rapporti anche tra soci di carattere finanziario e organizzativo" idonei a conseguire gli effetti previsti dal

⁽¹⁸⁾ In argomento, v. LAMANDINI, *Nozioni e "tipo"*, 180; NOTARI, *Il controllo*, 1697; RIMINI, *Il controllo contrattuale, passim*; SANTAGATA, *Il gruppo paritetico, passim*.

co. 2, numero 3, lett. a)-d). In tal modo possono ad esempio assumere rilevanza, ai fini del Tub, le unioni personali, e cioè la circostanza che gli stessi soggetti rivestano cariche amministrative nella controllante e nella controllata e per tale via esercitino un effettivo potere di influenza dominante nonché una varietà di ulteriori fenomeni organizzativi che si connotino, nella sostanza, per la loro idoneità a fondare un potere di influenza dominante. Deve peraltro notarsi che, per quanto le fattispecie elencate specialmente al numero del co. 2 siano descritte (in ossequio al modello normativo da cui sono state tratte e cioè l'art. 26 del d.lgs. 356/1990 e già prima nel suo archetipo originariamente fissato nella legge sull'editoria)⁽¹⁹⁾ talora in termini eccessivamente ambigui — di modo che da un punto di vista meramente letterale potrebbe apparire che assumessero rilievo anche situazioni nelle quali si manifesta l'esercizio di un potere non necessariamente dominante sulla gestione (v. ad esempio la formula, di cui al n. 3, lett. c) « attribuzione di poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle azioni o dalle quote possedute », ovvero quella di cui al n. 3, lett. a) « trasmissione degli utili e delle perdite », peraltro da leggersi alla luce della circolare Banca d'Italia 13/1/1992)⁽²⁰⁾ — occorre tener ben fermo il principio, reso manifesto dall'*incipit* del co. in esame, che la norma raccorda espressamente controllo e influenza dominante precisando che le situazioni in essa indicate fanno presumere, peraltro solo *iuris tantum*, il potere di esercitare influenza dominante in concreto sull'impresa bancaria e lasciando così intendere, ammettendo la prova contraria, che il controllo ai sensi del co. 2 dell'art. 23 rileva solo ed esclusivamente in quanto ricorra influenza dominante effettiva, sicché, quand'anche un soggetto avesse poteri maggiori rispetto a quelli derivanti dalle partecipazioni possedute ma non per questo nominasse né revocasse la maggioranza degli amministratori o esercitasse in concreto influenza dominante effettiva, non si potrebbe dire che lo stesso eserciti il controllo di cui all'art. 23, co. 2. Non a caso il co. 2 dell'art. 23 evoca altresì in più punti il concetto di « direzione comune » (art. 23, co. 2, n. 4) e di « coordinamento della gestione dell'impresa con quella di altre imprese » (art. 23, co. 2, n. 3, lett. b)). La formula legislativa ben illustra altresì che l'onere di dimostrare la non ricorrenza dell'influenza dominante incombe su chi neghi di esercitarla.

8. Il rinvio formulato dal co. 2 dell'art. 23 all'art. 2359, co. 2 c.c., ha l'effetto di rendere rilevante — ai fini della nozione del controllo interno — la fattispecie del controllo indiretto, quello cioè realizzato tramite società controllate, società fiduciarie e persone interposte⁽²¹⁾. Questo rinvio si salda, funzionalmente, con

⁽¹⁹⁾ Per tutti i riferimenti v. già LAMANDINI, *Il controllo*, 211.

⁽²⁰⁾ SERRA, *sub art. 23*, 191.

⁽²¹⁾ Sul controllo indiretto v. già, tra i tanti, LAMANDINI, *Il controllo*, 220; sull'ampia nozione di persona interposta v. di recente CARRIERE, *Le operazioni*, 134.

la previsione del co. 1 dell'art. 22⁽²²⁾, che a sua volta prevede che « ai fini del presente capo si considerano anche le partecipazioni al capitale delle banche acquisite o comunque possedute per il tramite di società controllate, di società fiduciarie o per interposta persona ». Una lettura sistematica delle due disposizioni rende dunque manifesto che l'art. 22, co. 1, ha essenzialmente la funzione di rendere rilevanti le partecipazioni indirette anche quando non di controllo (interno). Entrambe le disposizioni evocano ipotesi di relazione né organica né contrattuale diretta bensì “da altri rapporti giuridici” tra partecipante indiretto e partecipata, atteso che la relazione è mediata da un “anello” intermedio che — almeno formalmente — è l'unico ad intrattenere una relazione organica o contrattuale con la banca. Non sorprende dunque che — proprio per la sua alterità rispetto al controllo organico e a quello in base a rapporti contrattuali diretti con la società — la fattispecie del controllo indiretto fosse estranea alla formula legislativa di controllo fatta propria dal primo art. 2359 c.c.; fosse **limitata** al solo controllo indiretto tramite controllata nella sua seconda versione e sia risultata più ampiamente definita solo nell'ultima versione, sulla scorta di quanto nel frattempo emerso a livello di legislazione speciale. Delle tre fattispecie contemplate quella tramite controllata e quella tramite fiduciaria evocano situazioni di fatto e di diritto precisamente delineate (dovendosi semmai precisare che il controllo rilevante ai fini della individuazione della nozione di società controllata è, anche qui, quello dettato dall'art. 23 e che l'intestazione fiduciaria rileva sia nel caso di amministrazione statica sia nel caso di gestione dinamica) mentre quella delle persone interposte è volutamente dai contorni più incerti e ampi. Essa “copre” tanto l'interposizione reale che quella fittizia. La pratica applicativa recente ne mostra peraltro un crescente rilievo.

Il co. 1-bis introdotto dal decreto di recepimento della direttiva 2007/44/CE, a sua volta, rende rilevanti, con una formula all'evidenza tributaria di quella da tempo adottata dal testo unico della finanza — nozione che, come è noto, è stata di centrale rilevanza negli *affaires* Antonveneta e BNL (dai quali si è originata la direttiva 2007/44/CE), ed è stata fatta oggetto di recente di significative modifiche normative proprio alla luce dell'esperienza applicativa maturata in quei casi — le fattispecie di acquisto di concerto, sia, come già si è rilevato, quando tali da determinare il controllo congiunto della banca sia quando, pur in difetto del controllo, gli aderenti al concerto vengano a detenere partecipazioni che, pur non di controllo (neppure congiunto), cumulativamente considerate raggiungano o superino le soglie indicate dall'art. 19.

Bibliografia: Associazione Disiano Preite, *Il nuovo diritto delle società*, Bologna, 2003. BARCA F., *Il gruppo nei modelli di proprietà delle imprese: profili teorici, verifiche empiriche e spunti per una riforma*, in P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli

(a cura di), *I gruppi di società*, Milano, 1996. BIN M., *Il gruppo SIM e la nozione di controllo*, in *Contr. e impr.*, 1994, II, 529. CARIELLO V., “Controllo congiunto” e accordi parasociali, Milano, 2006. CARIELLO V., sub artt. 2497-sexies e 2497-septies, in G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Milano, 2004. CARRIERE P., *Le operazioni di portage azionario*, Milano, 2008. CHIAPPETTA F., sub art. 22, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001. COSTI R., MINERVINI G., *Due pareri su come vada inteso il “rapporto di controllo” in presenza di sindacati di voto (art. 4, co. 3, l. n. 1/1991)*, in *Contr. e impr.*, 1991, IV, 1023. DAVIES P., *Introduction to Company, Law*, Oxford, 2002. DONATIVI V., *Impresa e gruppo nella legge antitrust*, Milano, 1996. FIGA TALAMANCA G., *Direzione e “proprietà transitiva” del controllo di società*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 353. LAMANDINI M., *Appunti in tema di controllo congiunto*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 243. LAMANDINI M., *Il “controllo”. Nozioni e “tipo” nella legislazione economica*, Milano, 1994. LAMANDINI M., *Qualche spunto esegetico sulla nozione di “controllo” ai fini del consolidamento integrale*, in P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli (a cura di), *I gruppi di società*, Milano, 1996. LAMANDINI M., *Struttura finanziaria e governo nelle società di capitali*, Bologna, 2001. LAMANDINI M., sub art. 2359, in G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Napoli, 2005. MARCHETTI P.G., *Note sulla nozione di controllo nella legislazione speciale*, in *Riv. soc.*, 1992, I, 14. MARCHETTI P.G., *Sul controllo e sui poteri della controllante*, in P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli (a cura di), *I gruppi di società*, Milano, 1996. MOSCO G.D., *Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico*, in P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli (a cura di), *I gruppi di società*, Milano, 1996. MONTALENTI P., *Direzione e coordinamento nei gruppi societari. principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2007, I, 333. NIUTTA A., *Sulla presunzione di esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497-sexies e 2497-septies*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 983. NOTARI M., *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, 1996. NOTARI M., BERTONE J., sub art. 2359, in P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari (a cura di), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2008. RIMINI E., *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002. POLI S., *Il pegno di azioni*, Milano, 2000. RONDINONE N., *I gruppi di imprese tra diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1999. SANTAGATA R., *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Torino, 2007. SCHIUMA L., *Controllo, governo, partecipazione al capitale*, Padova, 1997. SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996. SERRA A., sub art. 23, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001. SPOLIDORO M.S., *Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust*, in *Riv. soc.*, 1995, I, 470. STELLA RICHTER M., “Trasferimento del controllo” e rapporti tra i soci, Milano, 1996. TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1980. TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997. TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 67. SBISA G., *Il gruppo SIM - Parere*, in *Contr. e impr.*, 1992, I, 43. VALZER A., *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum G.F. Campobasso*, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, Milano, 2007.

(22) Sulla quale v. CHIAPPETTA, sub art. 22, 180.