

Dicembre 2015

## Situazioni impeditive alla nomina degli esponenti aziendali tra vigilanza bancaria e giudice amministrativo

Avv. Giuseppe Curtò, Partner, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. Con Circolare n. 288 del 3 aprile 2015, la Banca d'Italia ha emesso le nuove disposizioni di vigilanza dei soggetti operanti nel settore finanziario. In relazione ai requisiti di onorabilità e professionalità che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari finanziari devono possedere ai sensi dell'art. 26 TUB,<sup>1</sup> le nuove disposizioni di Banca d'Italia richiamano il Decreto del Ministro del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica datato 18 marzo 1998, n. 161 (che è stato allegato integralmente alle nuove disposizioni).

2. Dal punto di vista strettamente formale, la decisione della Banca d'Italia di fare riferimento al D.M. 161/1998 appare del tutto corretta, giacché tale decreto non risulta a tutt'oggi essere stato sostituito da altro provvedimento. E tuttavia, in un'ottica di definitiva chiarificazione, sarebbe stato auspicabile che le nuove disposizioni di Banca d'Italia, anziché limitarsi a riportare integralmente il D.M. 161/1998, fornissero precise indicazioni sul vigente regime delle c.d. *situazioni impeditive* per le cariche di amministratore, direttore generale e sindaco e sulla corretta ed attuale interpretazione dell'art. 4 del D.M. 161/1998: l'assenza di avvertenze o indicazioni in proposito trascura infatti di prendere atto delle statuizioni formulate dal TAR Lazio in materia di validità del predetto art. 4, nonché di altre analoghe disposizioni di rango secondario emesse nel settore bancario e finanziario così come in altri settori regolamentati, e degli effetti che derivano da tali pronunce in punto di vigenza o comunque corretta interpretazione dell'art. 4 del D.M. 161/1998. Non è possibile stabilire se ci si trovi dinanzi ad una scelta ponderata di Banca d'Italia (ispirata da uno strisciante disaccordo con le conclusioni formulate dai giudici amministrativi o, al contrario, dalla volontà di non prendere posizione in merito, nel rispetto delle prerogative giurisdizionali del TAR) o se si tratti invece di una svista del regolatore (eventualità che evidentemente deve escludersi), ma ciò che è certo è che l'assenza di indicazioni sul punto da parte di Banca d'Italia nelle nuove disposizioni impone di ritornare ad affrontare il tema della attuale

---

<sup>1</sup> Come noto, l'art. 26 TUB fa espresso riferimento alle banche, ma esso (ed i relativi regolamenti adottati attuativi) si applica a tutti gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'art. 106 TUB per effetto del rinvio disposto dall'art. 110 TUB.

vigenza o comunque della corretta interpretazione dell'art. 4 del D.M. 161/1998, riportando d'attualità questioni che potevano ormai considerarsi sopite. Vale dunque la pena ripercorrere di seguito le vicende che hanno riguardato l'art. 4 del D.M. 161/1998 al fine di stabilire quale sia il regime sostanziale attualmente vigente in tema di situazioni impeditive e quali siano gli oneri di accertamento gravanti sugli intermediari finanziari in proposito.

3. Come noto, l'art. 4 del D.M. 161/1998 stabilisce che “1. *Non possono ricoprire le cariche di amministratore, direttore generale e sindaco in banche coloro che, almeno per i due esercizi precedenti l'adozione dei relativi provvedimenti, hanno svolto funzioni di amministrazione, direzione o controllo in imprese sottoposte a fallimento, a liquidazione coatta amministrativa o a procedure equiparate. Le frazioni dell'ultimo esercizio superiori a sei mesi equivalgono a un esercizio intero. [...] 3. Il divieto di cui ai commi 1 e 2 ha la durata di tre anni dall'adozione dei provvedimenti. Il periodo è ridotto ad un anno nelle ipotesi in cui il provvedimento sia stato adottato su istanza dell'imprenditore o degli organi amministrativi dell'impresa*”. La norma di cui all'art. 4 del D.M. 161/1998 non costituisce un *unicum* nell'ordinamento giuridico. La tendenza normativa ad escludere l'accesso alle funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società operanti in settori regolamentati (e principalmente nei settori bancario e finanziario) a soggetti privi dei requisiti di onorabilità, in un'ottica di salvaguardia della integrità e solidità del sistema (nel nostro caso, bancario e finanziario), aveva infatti dato impulso a cavallo della fine degli anni '90 all'emanazione di numerose disposizioni di rango secondario di contenuto del tutto identico all'art. 4 del D.M. 161/1998.<sup>2</sup> Il *file rouge* che univa tali disposizioni consisteva nell'obiettivo di introdurre un regime rigidamente incardinato intorno all'oggettiva ricorrenza di circostanze fattuali predeterminate, che non lasciasse spazio ad alcuna discrezionalità degli organi amministrativi nell'accertamento dell'esistenza delle situazioni impeditive.

4. L'ambizione del legislatore si è tuttavia presto rivelata utopica. Immediatamente dopo la loro emanazione, tali disposizioni sono state via via oggetto di ripetute impugnazioni dinanzi al TAR Lazio, che, a partire dalla sentenza pilota n. 2907 del 7 aprile 2000 (pronunciata con riferimento agli artt. 2 dei D.M. n. 468 e 471 del 1998), ne ha costantemente rilevato l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia.<sup>3</sup> In particolare, i giudici amministrativi hanno rilevato che

---

<sup>2</sup> Più in dettaglio si segnalano in particolare i seguenti regolamenti ministeriali: (i) l'art. 3 comma 4 del D.M. del 24 aprile 1997 n. 186, emesso in materia di società di assicurazione; (ii) l'art. 3 del D.M. 30 dicembre 1998 n. 516, emesso in materia di società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria; (iii) gli artt. 2 dei D.M. n. 468 e 471 del 1998, relativi a SIM; SGR e Sicav; (iv) l'art. 1 comma 4 del D.M. 30 marzo 2000 n. 162, emesso in materia di società quotate.

<sup>3</sup> In particolare, giova segnalare che: (i) con la pronuncia del 7 aprile 2000 n. 2907, il TAR Lazio ha annullato per violazione di legge ed eccesso di potere e per illogicità gli artt. 2 dei D.M. nn. 468 e 471/1998 (cfr. TAR Lazio, sentenza del 7 aprile 2000 n. 2907, in *Diritto della Banca e del mercato finanziario*, 2000, p. 491); (ii) con la pronuncia del 22 febbraio 2005 n. 1437, il TAR Lazio ha annullato per violazione di legge ed eccesso di potere e per illogicità l'art. 1 comma 4 del D.M. 162/2000 (cfr. TAR Lazio, sentenza del 22 febbraio 2005 n. 1437, in *Foro Amm. TAR 2005*, 2, 410 ss.); (iii) con la pronuncia

stabilire una sorta di presunzione assoluta di carenza di affidabilità professionale e morale dell'esponente aziendale conseguente alla mera circostanza oggettiva dell'aver svolto una funzione di amministrazione, direzione o controllo, in una impresa dichiarata insolvente, a prescindere da alcun accertamento concreto di un effettivo coinvolgimento nei comportamenti negativi causativi della crisi dell'impresa, costituiva una ingiustificata ed irragionevole incisione sull'esercizio dell'attività professionale dei soggetti interessati nonché sull'autonomia dell'impresa nella scelta dei propri amministratori, direttori generali e sindaci.

5. Analoga sorte è toccata anche all'art. 4 del D.M. 161/1998. Con sentenza 28 agosto 2001, n. 7064,<sup>4</sup> il TAR Lazio ha dichiarato *“illegittimo, per violazione di legge ed eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia, l'art. 4 del decreto 18 marzo 1998, n. 161 del Ministro del tesoro in quanto assume quali «situazioni impeditive» per le cariche di amministratore, direttore generale e sindaco nelle imprese bancarie il coinvolgimento degli interessati in crisi aziendali, senza verifica in concreto dell'attribuibilità dei fatti che le hanno determinate a comportamenti censurabili degli interessati”*.<sup>5</sup> La pronuncia testé citata appare di rilevantissima importanza, giacché pone radicalmente in questione l'attuale persistente vigenza dell'art. 4 del D.M. 161/1998. Senza voler approfondire in questa sede la questione dell'estensione del giudicato amministrativo, è infatti noto che la giurisprudenza amministrativa è consolidata nello statuire che *“l'efficacia della pronuncia di annullamento di atti aventi natura regolamentare si estende a tutti i destinatari di essi, anche se non siano stati parte, in senso formale del giudizio, nei limiti oggettivi in cui il giudicato si è formato, ossia con riferimento al dispositivo, alla motivazione e all'oggetto del giudizio”* (cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 26 giugno 1996, n. 854, in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 26). Dal che dovrebbe ricavarsi che l'art. 4 del D.M. 161/1998 deve ormai considerarsi espunto dall'ordinamento per effetto della sentenza 28 agosto 2001, n. 7064 del TAR Lazio che ne ha dichiarato l'illegittimità.

6. Ma anche a non voler abbracciare tale radicale conclusione ed a voler quindi sostenere che l'art. 4 del D.M. 161/1998 continuasse ad avere vigenza nell'ordinamento, comunque l'interprete dovrebbe dare applicazione a tale norma alla luce ed in conformità ai principi ripetutamente statuiti *in subiecta materia* dai giudici amministrativi nelle numerose pronunce che hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 del D.M. 161/1998 e delle norme analoghe che sono state oggetto di impugnazione. I

---

del 28 febbraio 2006 n. 1475, il TAR Lazio ha annullato per violazione di legge ed eccesso di potere e per illogicità l'art. 3 comi 1 e 2 lett. a) del D.M. n. 516/1998 (cfr. TAR Lazio, sentenza del 28 febbraio 2006 n. 1475, in *Foro Amm. TAR 2006*, 2, 633 ss.); (iv) con la pronuncia del 23 giugno 2010 n. 20463, il TAR Lazio ha annullato per violazione di legge ed eccesso di potere e per illogicità l'art. 3 comma 4 del D.M. n. 186/1997 (cfr. TAR Lazio, sentenza del 23 giugno 2010 n. 20463, in *Dir. Economia Assicur.*, 2011, 3, 1116 ss., nota di PROSPERETTI).

<sup>4</sup> Cfr. *Dir. Banca Merc. Fin.*, 2002, I, 470 ss..

<sup>5</sup> Si segnala che, per quanto a conoscenza di chi scrive, la sentenza del TAR Lazio del 28 agosto 2001, n. 7064, non sembra essere stata impugnata in appello dinanzi al Consiglio di Stato e dunque dovrebbe essere passata in giudicato.

principi formulati dal TAR appaiono infatti ormai consolidati al punto da costituire vero e proprio *ius receptum*, ed hanno infine ricevuto accoglimento nel diritto positivo in materia di società di assicurazioni: a seguito della sentenza n. 20463 del 23 giugno 2010 che annullava il previgente D.M. 186/1997 sulla base dei medesimi principi espressi dalla sentenza pilota del 7 aprile 2000 n. 2907, infatti, il Ministero dello Sviluppo Economico ha prontamente emesso un nuovo decreto, il D.M. n. 220 emanato in data 11 novembre 2011, la cui disciplina con riferimento alle “situazioni impeditive” ha integralmente recepito le statuizioni espresse dal TAR nella predetta sentenza n. 20463/2010. La nuova formulazione (art. 4 comma 3 e 4), infatti, prevede quanto segue: *“L’impedimento di cui al comma 1 non opera nel caso in cui l’organo sociale competente valuta, sulla base di adeguati elementi e secondo un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, l’estraneità dell’interessato ai fatti che hanno determinato la crisi dell’impresa. A tal fine rilevano, fra gli altri, quali elementi probatori, la durata del periodo di svolgimento delle funzioni dell’interessato presso l’impresa stessa e l’assenza di provvedimenti sanzionatori connessi, di condanne con sentenza anche provvisoriamente esecutiva al risarcimento dei danni in esito all’esercizio dell’azione di responsabilità ai sensi del codice civile, di delibere di sostituzione da parte dell’organo competente e di altri provvedimenti attinenti. Ricorrendo le situazioni di cui ai commi 1 e 2, i soggetti interessati sono tenuti a darne comunicazione all’impresa presso la quale svolgono le funzioni di amministrazione, direzione o controllo, eventualmente evidenziando con idonei elementi, ai fini della valutazione di cui al comma 3, la propria estraneità ai fatti che hanno determinato la crisi dell’impresa.”* (art. 4 comma 3 e 4 del D.M. 220/2011).<sup>6</sup>

7. Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, quindi, appare ragionevole concludere che, anche ove si volesse sostenere la persistente vigenza dell’art. 4 del D.M. 161/1998 (conclusione che invero appare fortemente dubitabile), comunque:

- (i) l’art. 4 del D.M. 161/1998 deve essere interpretato in conformità alle statuizioni contenute nella sentenza 28 agosto 2001, n. 7064, del TAR Lazio e comunque ai principi consolidati espressi dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento a norme regolamentari disciplinanti (in maniera analoga all’art. 4 del D.M. 161/1998) “situazioni impeditive” per gli esponenti aziendali di soggetti vigilati ed infine recepiti dai più recenti decreti ministeriali regolanti i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza di soggetti sottoposti a vigilanza (cfr. D.M. 220/2011 e D.M. 206/2008). In particolare, l’art. 4 del D.M. 161/1998 non può essere interpretato nel senso che esso stabilisca una presunzione di responsabilità a carico del soggetto interessato, svincolata da qualsiasi verifica;

---

<sup>6</sup> Di tenore pressoché analogo è del resto il di poco precedente Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze n. 206 del 24 dicembre 2008, recante il regolamento di disciplina dei requisiti di professionalità, onorabilità, indipendenza e patrimoniali per l’iscrizione all’albo delle persone fisiche consulenti finanziari.

- (ii) conseguentemente, la ricorrenza delle circostanze oggettive indicate dall'art. 4 del D.M. 161/1998 non è condizione sufficiente per affermare la sussistenza di una situazione impeditiva rilevante ai sensi di tale norma, laddove il soggetto interessato adduca elementi probatori per sostenere la propria estraneità alle vicende causative del dissesto;
- (iii) pertanto, in una situazione in cui il soggetto interessato segnali in sede di accettazione della nomina che ricorrono le circostanze oggettive indicate dall'art. 4 del D.M. 161/1998 e sostenga la propria estraneità rispetto alla causazione del dissesto, il consiglio di amministrazione è tenuto a verificare in concreto se i fatti che hanno determinato la crisi della società nella quale il soggetto interessato ha svolto precedenti incarichi siano in concreto ascrivibili a comportamenti attribuibili al soggetto interessato.

8. Poste tali conclusioni, si tratta quindi di stabilire quali elementi possa addurre il soggetto interessato affinché il consiglio di amministrazione di un soggetto vigilato sottoposto all'applicazione del D.M. 161/1998 possa, nell'ambito dell'attività di verifica della sussistenza dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza, ritenere soddisfatta la condizione dell'insussistenza di una situazione impeditiva rilevante ai sensi dell'art. 4 del D.M. 161/1998. Al riguardo, anzitutto pare immediatamente rilevante segnalare che la verifica rimessa al consiglio di amministrazione non consiste né può ovviamente consistere in un pieno accertamento equiparabile a quello giurisdizionale. È infatti evidente che la funzione della verifica rimessa al consiglio di amministrazione non ha natura giurisdizionale e che del resto il consiglio di amministrazione di una società di capitali non ha poteri giurisdizionali. Ciò posto, alla luce di tutto quanto precedentemente esposto si ritiene che l'art. 4 del D.M. 220/2011 (precedentemente citato) possa essere ragionevolmente preso a termine di riferimento per stabilire i principi ai quali il consiglio di amministrazione di un soggetto vigilato sottoposto all'applicazione del D.M. 161/1998 deve attenersi nella valutazione degli elementi probatori indicati dal soggetto interessato per dimostrare l'inesistenza di una circostanza impeditiva, giacché, come osservato, il D.M. 220/2011 ha tradotto in norma positiva i principi in materia formati e consolidati in sede giurisprudenziale. Tale disposizione chiaramente indica che il consiglio di amministrazione del soggetto vigilato deve eseguire la valutazione dell'estraneità del soggetto interessato rispetto alle vicende causative del dissesto:

- (i) sulla base di *adequati* elementi; e
- (ii) secondo un criterio di *ragionevolezza e proporzionalità*.

9. L'elemento dell'*adequatezza* sembra riferirsi all'aspetto oggettivo dell'elemento probatorio addotto dal soggetto interessato a propria giustificazione. La verifica spettante al consiglio di amministrazione deve essere svolta sulla base di elementi concreti ed oggettivamente apprezzabili, laddove non paiono sufficienti (e quindi non pare possano soddisfare il requisito dell'*adequatezza*) mere considerazioni o valutazioni

personali prive di riscontro oggettivo. Inoltre, non tutti gli elementi probatori possono essere presi in considerazione dal consiglio di amministrazione, ma soltanto quelli che in astratto ed a livello oggettivo appaiono effettivamente *adeguati* a concludere per l'estraneità del soggetto interessato alle vicende causative del dissesto. L'art. 4 del D.M. 220/2011 contiene in proposito una elencazione esemplificativa, ma non esaustiva, di circostanze *adeguate* a dimostrare l'estraneità del soggetto interessato alle vicende causative del dissesto, che include “*la durata del periodo di svolgimento delle funzioni dell'interessato presso l'impresa stessa e l'assenza di provvedimenti sanzionatori connessi, di condanne con sentenza anche provvisoriamente esecutiva al risarcimento dei danni in esito all'esercizio dell'azione di responsabilità ai sensi del codice civile, di delibere di sostituzione da parte dell'organo competente e di altri provvedimenti attinenti*”. Come detto, tuttavia, tale elencazione pare avere carattere esemplificativo, come sembra confermato dall'uso della locuzione “*fra gli altri*” che la introduce, sicché ben può accadere che il soggetto interessato porti all'attenzione del consiglio di amministrazione e che quest'ultimo incentri la propria valutazione su altri elementi probatori purché *adeguati* a dimostrare l'estraneità del soggetto interessato rispetto alle vicende causative del dissesto.

10. Il criterio di *ragionevolezza e proporzionalità* attiene invece alla fase della valutazione della rilevanza probatoria degli elementi *adeguati* forniti dal soggetto interessato per dimostrare la propria estraneità alle vicende causative del dissesto. La valutazione di merito rimessa al consiglio di amministrazione deve dunque essere condotta secondo *ragionevolezza e proporzionalità*. La previsione di un criterio di *ragionevolezza e proporzionalità* a cui il consiglio di amministrazione deve attenersi nella propria verifica pare ispirata dall'obiettivo di limitare l'ambito di discrezionalità del consiglio di amministrazione (obiettivo che del resto, come è stato in più occasioni rilevato dalla giurisprudenza amministrativa nei precedenti citati *supra*, ispirava la previsione di una disciplina delle situazioni impeditive basata sulla rigida ricorrenza di circostanze oggettive senza lasciare spazio a valutazioni di merito sulla effettiva sussistenza in concreto di profili di responsabilità ascrivibili ai soggetti interessati). Il D.M. 220/2011 non fornisce alcuna indicazione che consenta di definire in cosa consista il criterio di *ragionevolezza e proporzionalità*. L'utilizzo del singolare (*criterio*) sembrerebbe suggerire che l'espressione *ragionevolezza e proporzionalità* costituisca un'endiadi e che dunque il criterio di valutazione indicato nel D.M. 220/2011 sia unico. Purtuttavia, *ragionevolezza e proporzionalità* esprimono concetti distinti e, nella concreta applicazione della norma in esame, pare possibile attribuire ad entrambi un rilievo nell'ambito del processo valutativo spettante al consiglio di amministrazione, pur rimanendo uniti nell'obiettivo unico di limitare la discrezionalità del consiglio di amministrazione. In quest'ottica, la *ragionevolezza* appare riferibile all'apprezzamento della effettiva rilevanza esimente degli elementi forniti dal soggetto interessato per dimostrare la propria estraneità alle vicende causative del dissesto. In altre parole, nell'apprezzamento degli elementi probatori adottati dal soggetto interessato il consiglio di amministrazione deve assumere esclusivamente quegli elementi ai quali, nelle vicende concrete, sia *ragionevole* (secondo l'*id quod plerumque accidit*) attribuire

rilevanza esimente – evitando quindi che il consiglio di amministrazione possa attribuire efficacia esimente a talune circostanze sulla base del proprio convincimento discrezionale o sopravvalutarne benevolmente la rilevanza. La *proporzionalità* appare invece poter essere riferita alla sufficienza degli elementi probatori forniti dal soggetto interessato. È ragionevole pensare infatti che più rilevante sia la carica da assumere nell'ente vigilato o quella ricoperta nella società insolvente, maggiore sarà la consistenza (anche in termini quantitativi, ai fini della valutazione della loro concordanza e concludenza) degli elementi probatori necessari per lo svolgimento della verifica della insussistenza della situazione impeditiva.