

**L.U.I.S.S.**  
**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI**  
**Guido Carli**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEGLI AFFARI**  
**XX CICLO**

**ESERCIZIO DEL CREDITO E DELEGA “ESTERNA”**  
**NELLA SOCIETÀ BANCARIA**

*(sintesi)*

**TUTORS**  
**Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Marcello Foschini**  
**Chiar.<sup>mo</sup> Prof. Gian Domenico Mosco**

**DOTTORANDO**  
**Dott. Giuseppe Tiscione**

# INDICE

## INTRODUZIONE: IL PROBLEMA DELLE DELEGHE “ESTERNE” NELLE BANCHE

### CAPITOLO I

#### L'ESERCIZIO DEL CREDITO E L'ASSUNZIONE DEL RELATIVO RISCHIO QUALE ELEMENTO CARATTERIZZANTE L'ATTIVITÀ E LA VIGILANZA BANCARIA

1. L'attività bancaria come binomio “raccolta del risparmio – esercizio del credito”
2. L'erogazione del credito e l'assunzione del relativo rischio come momento fondamentale dell'attività bancaria
3. Erogazione del credito e concessione del fido. Delimitazione della nozione di “esercizio del credito” ai fini dell'indagine: la decisione sul credito
4. La scelta di concedere e revocare il credito: fase istruttoria e decisoria
5. La natura discrezionale di tale scelta alla luce dei modelli di valutazione del rischio post Basilea 2
6. *Segue*: ... e in relazione ai profili di responsabilità della banca per esercizio “abusivo” del credito

### CAPITOLO II

#### LA DECISIONE SUL CREDITO NELLA GOVERNANCE DELLA SOCIETÀ PER AZIONI BANCARIA

1. L'incidenza dei caratteri peculiari dell'attività creditizia sull'attribuzione di competenze nella società bancaria: erogazione del credito e ruolo degli organi sociali
2. I limiti speciali alla delega *ex art.* 2381 c.c. in materia creditizia: le competenze riservate all' “organo amministrativo collegiale” dalle Istruzioni di vigilanza del 1999 e dalle Nuove disposizioni prudenziali del 2006
3. *Segue*: i limiti alla delega di poteri in materia di erogazione del credito nelle banche di credito cooperativo
4. *Segue*: l'unanimità prescritta dall'art. 136 del Testo unico bancario per la concessione del credito in favore degli esponenti aziendali
5. L'attribuzione all'esterno del consiglio di amministrazione di poteri in materia creditizia. La questione: cenno e rinvio

### CAPITOLO III

#### LA DELEGA ESTERNA DI POTERI IN MATERIA DI ESERCIZIO DEL CREDITO NELLA SOCIETÀ PER AZIONI BANCARIA

1. La competenza esclusiva degli amministratori in materia di gestione ai sensi dell'art. 2380-*bis* c.c. e la “decisione sul credito”
2. Le ipotesi legislative di attribuzione di poteri “gestori” a soggetti non amministratori: il direttore generale, il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, l'organismo di controllo ex art. 6, lett. b), del d.lgs. n. 231/2001
3. L'attribuzione di poteri gestori all'esterno del consiglio di amministrazione quale scelta di autonomia: la fattispecie della procura generale “abdicativa” tra limiti della giurisprudenza e interpretazioni della dottrina
4. Una diversa prospettiva ricostruttiva emergente dalla prassi statutaria delle deleghe in materia creditizia e coerente con la distinzione tra potere di gestione e potere di rappresentanza: la delega “esterna” come figura organizzativa della funzione gestoria
5. I *management contracts*. Distinzione rispetto alla figura della delega “esterna”. L'inammissibilità dell'esternalizzazione della “decisione sul credito” tra disciplina dell'attività bancaria fuori sede e valutazione del merito creditizio da parte delle agenzie di *rating*
6. La “decisione sul credito” quale scelta imprenditoriale che spetta esclusivamente agli amministratori e i residui spazi per la sua delega “esterna” tra limiti quantitativi e qualitativi
7. I destinatari delle deleghe “estere”: distinzione tra deleghe in favore di direttore generale, comitati, dipendenti, terzi
8. Cenni al problema del rapporto tra responsabilità dell' “amministratore-banchiere” e del “bancario-banchiere di fatto” titolare di deleghe esterne per l'esercizio del credito.

## SINTESI

L'occasione da cui scaturisce la ricerca è rappresentata dal frequente riscontro nella prassi statutaria bancaria di clausole che contemplano la possibilità di attribuire poteri in materia di erogazione del credito all'esterno del consiglio di amministrazione.

L'inquadramento nell'ambito dell'ordinamento corporativo della società per azioni di una tale attribuzione è parso problematico, in particolare alla luce del novellato primo comma dell'art. 2380-*bis* c.c., che riserva la gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori. La riconduzione a sistema del fenomeno, inoltre, non risulta agevolata dalla sopra richiamata prassi statutaria che, nel qualificare tale attribuzione, impiega il più delle volte l'espressione "delega di poteri", pur in presenza di una disposizione civilistica, quale quella contenuta nell'art. 2381 c.c., che, ieri come oggi, restringe la cerchia dei possibili destinatari delle deleghe ai soli componenti del consiglio di amministrazione.

La figura della delega "esterna" (cioè al di fuori del consiglio di amministrazione) di poteri gestionali non trova nel nostro ordinamento societario alcuna disciplina positiva. Anzi, dalle sopra citate disposizioni parrebbero derivare solo indicazioni negative circa la sua stessa ammissibilità. Anche la dottrina sembra aver alquanto trascurato il tema della delega "esterna", sia con riferimento al caso specifico dei poteri in materia creditizia, sia nell'ambito della società per azioni in generale.

Alcune espresse previsioni circa la possibilità di delegare poteri all'esterno del consiglio di amministrazione sono invece rinvenibili nelle regolamentazioni di vigilanza bancaria proprio con specifico riferimento alla materia dell'erogazione del credito. Tali disposizioni paiono muoversi più su un piano aziendalistico che non giuridico, mostrando maggiore attenzione per i profili organizzativi di quanto faccia la disciplina generale della s.p.a. Peraltro, anche in quest'ultima, e in particolare nella nuova formulazione dell'art. 2381 c.c., è stata riscontrata - e accolta con favore - dalla dottrina l'emersione e l'acquisizione di

dignità giuridica dell' "adeguatezza dell'assetto organizzativo" nell'ambito della società per azioni.

La questione della delega "esterna", pur lambendo i confini aziendalistici di organizzazione dell'impresa, resta in ogni caso un problema di diritto societario. Come tale essa viene qui analizzata, concentrando l'attenzione sulla delega di poteri in materia di esercizio del credito, per valutare se l'esperienza della *governance* bancaria possa costituire anche in relazione a tale tematica, come in passato per altri profili, un laboratorio di sperimentazione di soluzioni destinate a divenire patrimonio dell'intero diritto societario.

È sembrato opportuno preliminarmente individuare l'attività delegata, delineando la natura e i caratteri dell'attività di erogazione del credito cui gli statuti bancari e la disciplina di vigilanza fanno riferimento.

L'indagine ha dunque preso le mosse dalla definizione stessa di attività bancaria data dall'art. 10 del TUB. Dall'analisi, anche in una prospettiva storica ed economica, di tale nozione se n'è individuata l'essenza nel collegamento funzionale tra "raccolta del risparmio fra il pubblico" e "esercizio del credito", che consente di realizzare la stessa funzione economica della banca, individuata vuoi in quella di intermediazione vuoi in quella monetaria. Senza poter svelare la c.d. "magia del credito", si è provato comunque a delineare il contenuto di ciascuna delle due espressioni, invero atecniche, impiegate nella definizione di attività bancaria.

Da ciò è emerso che è il secondo momento del binomio "raccolta del risparmio–esercizio del credito" a costituire la parte più delicata e complessa dell'attività bancaria. Si è visto, infatti, che la banca assume il rischio di impiego da cui deve tenere indenne i depositanti proprio con l'esercizio del credito. Si è inoltre rilevato come il corretto esercizio del credito, basato a sua volta sulla valutazione del merito creditizio, sia fondamentale non solo per la tutela dei depositanti, ma anche per assolvere la stessa missione economica della banca, garantendo un'efficiente allocazione delle risorse e il buon funzionamento dei sistemi di pagamento.

Dopo aver sottolineato che assume rilievo, nell'ambito dell'esercizio del credito, non solo il momento dell'erogazione, ma anche quello del monitoraggio e della eventuale revoca - quindi, più in generale, la gestione del credito nel corso di tutta la sua durata - si è proceduto a distinguere il credito dal "fido". Quest'ultimo concetto, delineato in dottrina come "qualunque attività comportante un rischio per la banca, purché riferita ad una specifica controparte", risulta più ampio di quello di "credito", e ciò anche ove si includano in quest'ultimo le garanzie. La nozione di fido non è stata adottata a base dell'indagine in quanto comprensiva anche delle partecipazioni azionarie, la cui assunzione non sembra essere nella prassi statutaria oggetto di delega "esterna". Si è invece mutuata, in quanto utile ai fini in discorso, la ripartizione del fenomeno "fido" in tre diversi momenti - la "decisione" di concedere il fido, l'"attuazione" di tale decisione, l'"utilizzo" del fido stesso - reputandola valevole anche per il più ristretto ambito del credito.

Nel primo di questi momenti, consistente nella scelta imprenditoriale interna alla banca di far credito, si è individuata la fase "deliberativa" essenziale in merito all'assunzione del rischio di credito. Si è pertanto ricostruito il problema della delega esterna, oggetto dell'indagine, in termini di delega della "decisione sull'esercizio del credito", o in sintesi della "decisione sul credito".

Pur così delimitata l'analisi, si è dovuto procedere a un'ulteriore distinzione, nell'ambito della stessa "decisione sul credito", tra una propedeutica fase istruttoria, mediante cui la banca acquisisce le informazioni relative al soggetto da affidare, e il momento decisorio vero e proprio, consistente nella scelta di concedere il credito, che su tali informazioni si basa.

In particolare, si è visto che la "decisione sul credito" si fonda sulla valutazione del merito creditizio dell'affidato, la quale oggi, alla luce della nuova disciplina prudenziale di Basilea 2, assume anche un peculiare rilievo prudenziale. Si è rilevato che quest'ultima regolamentazione determina una maggiore formalizzazione del processo di affidamento e consente quindi di distinguere più chiaramente il momento della valutazione del merito creditizio da quello della "decisione sul credito". Inoltre essa, pur favorendo l'introduzione di

modelli matematico-statistici per l'assegnazione del *rating* alle controparti, non esclude la discrezionalità della scelta imprenditoriale sull'esercizio del credito, che si manifesta nella stessa strutturazione del sistema di *rating* nonché nelle singole "decisioni sul credito" che sui *rating* da esso prodotti si fondano.

Infine, si è osservato che la natura discrezionale della "decisione sul credito" è presupposto dello stesso riconoscimento, compiuto di recente da dottrina e giurisprudenza, della responsabilità in capo alla banca per "abusivo" esercizio del credito, la quale si configura allorché tale decisione sia assunta in violazione delle regole di diligenza del buon banchiere, ledendo illegittimamente gli interessi sia degli affidati sia di terzi.

Una volta individuata l'attività oggetto di delega nella discrezionale "decisione sull'esercizio del credito", passando al profilo organizzativo, si è posta la questione dell'allocazione di tale scelta imprenditoriale nell'ambito dei centri decisionali della società bancaria, avendo riguardo in particolare alle disposizioni di vigilanza, ivi comprese quelle specificamente dedicate alla *governance* bancaria di recentissima emanazione.

Dall'esame di queste è emersa anzitutto l'esclusione di competenze decisorie in relazione a tale scelta sia dell'assemblea, sia dell'organo di controllo. Quanto all'organo di amministrazione, dall'analisi in particolare delle "Nuove disposizioni prudenziali" del 2006, conseguenti a Basilea 2, è risultata essere riservata alla esclusiva competenza dell'organo di "supervisione strategica" l'approvazione del sistema di *rating* interno per la valutazione del merito creditizio rilevante a fini prudenziali.

Se dunque in relazione a tale prima e generale "decisione sul credito" se ne è riscontrata nella disciplina di vigilanza l'indelegabilità sia all'interno sia all'esterno del consiglio di amministrazione, con riferimento invece alle singole "decisioni sul credito", che pure come visto conservano contenuto discrezionale, non si è rilevato un limite di vigilanza alla loro delegabilità verso il basso, fatta eccezione che per una disciplina parzialmente più restrittiva dettata per le Bcc e per il caso di "decisioni sull'esercizio del credito" nei confronti degli esponenti aziendali, per le quali è prescritta dall'art. 136 TUB - disposizione penale - la

delibera unanime dell'organo amministrativo con il consenso anche di quello di controllo.

Per contro, anche dall'esame di tali limitazioni alla delegabilità da parte del consiglio della "decisione sul credito" è emerso in più punti come, al di fuori delle eccezioni previste, l'Autorità di vigilanza sembri riconoscere la possibilità di una delega di tale decisione non solo in favore di soggetti componenti il consiglio di amministrazione, ma anche verso soggetti esterni a esso. Anzi, un'attribuzione di competenze all'esterno dell'organo consiliare, tranne che per le eccezioni indicate, sembra apparire, dalla lettura delle Istruzioni e delle altre disposizioni di vigilanza, normale, se non addirittura preferibile.

Ciò considerato quanto al profilo della regolamentazione speciale della società bancaria, si è proceduto a esaminare il problema della compatibilità della delega "esterna" con il diritto societario e in particolare con la struttura inderogabile di competenze fissata dall'ordinamento corporativo della società per azioni.

A tal fine, prese le mosse dal principio enunciato dall'art. 2380-*bis*, primo comma, c.c., si è rilevato che tale disposizione, nel riservare esclusivamente agli amministratori la gestione dell'impresa sociale, da un lato - in positivo - indica per la prima volta il contenuto dell'attività gestoria, espressamente stabilendo che gli amministratori compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale, dall'altro - in negativo - esclude che tale attività possa essere attribuita a soggetti diversi dall'organo amministrativo, sia interni all'organizzazione societaria (l'assemblea, in primo luogo), sia esterni. Tale lettura della predetta disposizione è parsa anche in linea con l'art. 2381 c.c., che restringe la cerchia dei possibili destinatari delle deleghe amministrative ai soli componenti del consiglio di amministrazione.

Si è peraltro osservato che esigenze di decentramento organizzativo, particolarmente sentite nelle grandi imprese, rendono comunque irrealistico che gli amministratori possano compiere personalmente tutte le operazioni relative alla gestione dell'impresa sociale. In effetti, pur rilevato che l'obbligo di esecuzione personale dell'incarico di amministratore è espressione, oltre che del

rapporto fiduciario con i soci, dello stesso ordinamento corporativo inderogabile della società per azioni, si è comunque messa in evidenza la necessità di individuarne l'effettivo contenuto. Al riguardo, se per un verso si è riconosciuta la possibilità per gli amministratori di società di devolvere a terzi compiti di mera esecuzione, per altro verso, maggiori perplessità si sono riscontrate in relazione a deleghe di mansioni che implicano decisioni superiori alla semplice *routine*.

Ci si è basati, dunque, oltre che sulle ipotesi legali di attribuzione di funzioni "gestorie" all'esterno del consiglio (quale la figura del direttore generale), anche sulle indicazioni fornite da giurisprudenza e dottrina in relazione alla fattispecie della procura generale *ad negotia* conferita a un terzo non amministratore, per cercare di enucleare un criterio che consenta di verificare quando l'attribuzione di poteri decisionali all'esterno del consiglio di amministrazione debba essere considerata una sostanziale "abdicazione" da parte degli amministratori alla funzione gestoria loro riservata, in contrasto con l'ordinamento corporativo della società per azioni.

Il criterio emerso dall'analisi è che in generale una tale "abdicazione" si verificherebbe allorché gli amministratori delegassero ad altri la definizione degli obiettivi generali dell'impresa, ossia la politica di gestione.

Se l'accostamento della delega "esterna" alla figura della procura generale è stato utile per individuarne i limiti di contenuto, tuttavia si è chiarito che occorre distinguere il piano dei poteri di rappresentanza da quello dei poteri gestori. La delega "esterna" in relazione alla "decisione sul credito" è parsa infatti attenere ai secondi, non strutturandosi come una procura volta a conferire a terzi il potere di rappresentanza della società, quanto piuttosto come una vicenda organizzativa diretta a realizzare in seno alla banca un decentramento dei poteri decisionali in ordine all'esercizio del credito. È sembrato dunque corretto ricostruire la delega "esterna" in termini di "figura organizzativa" della funzione gestoria degli amministratori, che pare muoversi tra il piano dell'impresa e quello della società.

Una tale impostazione ha consentito, peraltro, di distinguere l'ipotesi di delega esterna dalla diversa fattispecie dell'esternalizzazione contrattuale di

poteri gestori, di cui si è esclusa l'ammissibilità con riferimento alla "decisione sul credito", sia in ragione della natura riservata dell'attività bancaria, sia sulla base delle disposizioni di vigilanza che parrebbero propendere per un divieto di esternalizzazione di tale decisione anche in favore di altra banca, salvo che forse nell'ambito del medesimo gruppo.

Compiuta tale distinzione, si è dunque cercato di dare soluzione al problema principale dell'indagine, ossia l'individuazione degli spazi entro cui gli amministratori possano, attraverso la "figura organizzativa" della delega "esterna", allocare, nei vari livelli della struttura aziendale, poteri decisori in relazione all'esercizio del credito, senza violare il principio inderogabile dell'ordinamento societario che riserva loro la gestione dell'impresa sociale.

Applicando il sopra delineato criterio generale del divieto di "abdicazione" alle funzioni gestorie alla specificità dell'impresa bancaria, si è ritenuto che delegare interamente al di fuori del consiglio la "decisione sul credito" possa implicare una rinuncia da parte degli amministratori alle competenze loro riservate. Ciò in quanto, come dimostrato, tale decisione è una scelta discrezionale fondamentale dell'attività bancaria.

Pertanto, si è cercato di delineare i residui spazi entro cui una delega "esterna" della "decisione sul credito" possa comunque configurarsi per consentire il necessario decentramento operativo. A tal fine è sembrato necessario individuare limiti non solo quantitativi ma anche qualitativi, basati sul rischio di credito e sulla complessità della stessa valutazione del merito creditizio. Dalla combinazione di questi due criteri è risultato che potrebbero essere delegate alla struttura aziendale quelle decisioni sul credito di importi contenuti, nelle quali la discrezionalità sia molto ridotta e comunque in qualche modo "governabile" attraverso la fissazione di principi, limiti e indirizzi da parte degli organi sociali.

Delimitato così il possibile contenuto della delega "esterna" relativa alla "decisione sul credito", si è proceduto ad analizzare il profilo dei destinatari di tale delega. Al riguardo, se sorgono minori perplessità con riferimento al direttore generale, in quanto figura societaria tipizzata, nonché al preposto alla filiale, per

la sue caratteristiche maggiormente operative, più dubbia è invece l'ammissibilità della delega, peraltro di solito molto ampia, in favore del c.d. "comitato crediti". In ipotesi di delega di poteri deliberativi a tale struttura collegiale, specie se accentrata, maggiori sono sembrati i rischi di un'alterazione del sistema corporativo della società, venendosi in sostanza a formare un organo concorrente con quelli tipizzati.

A conclusione dell'indagine si è fatto un cenno al problema del rapporto tra la responsabilità del delegante e quella del delegato in relazione alle "decisioni sul credito" oggetto di delega. Chiarito infatti che la delega "esterna" non può comportare il parziale effetto liberatorio determinato dalla delega *ex art.* 2381 c.c., è parso non agevole deresponsabilizzare gli amministratori della società bancaria in relazione alla scelta imprenditoriale compiuta mediante la "decisione sul credito".