

LA CORPORATE GOVERNANCE BANCARIA OGGI: PROFILI GENERALI

SOMMARIO:

I. INTRODUZIONE.

1. L'influenza del diritto europeo sull'ordinamento bancario italiano: cenni introduttivi. ó 2. Prospettive di evoluzione della normativa europea.

II. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLE SOCIETÀ PER AZIONI

3. L'amministrazione della società azionaria: i principi. ó 4. Segue. *Standard* di diligenza e responsabilità degli amministratori. ó 5. Principi di corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi, sistema di controllo interno. ó 6. Controlli interni e *corporate governance*. ó 7. Il concetto di controllo: una nuova sistemica. ó 8. Controllo diretto e controllo indiretto. ó 9. Controllo e vigilanza. ó 10. La funzione di vigilanza degli amministratori: superata la responsabilità oggettiva. ó 11. Organismo di vigilanza (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) e organo di controllo: recenti innovazioni (art. 14, comma 12°, L. 12 novembre 2011, n. 183). ó 12. Disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90) e sistemi di controllo. ó 13. Disciplina della revisione legale (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 modificato dal d.lgs. 17 luglio 2016 n. 135) e controlli interni: profili critici. ó 14. Il Codice di Autodisciplina. ó 15. Assetti organizzativi e gruppi. ó 16. Gestione del rischio, sistema dei controlli e adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali: la normativa secondaria nei settori vigilati. Il settore assicurativo: cenni. ó 17. Il problema: il coordinamento tra le funzioni e istanze di controllo.

III. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELL'ORDINAMENTO BANCARIO

ó 18. La *corporate governance* nel settore bancario. "Natura" della regolazione e conseguenze operative. ó 19. Il sistema dei controlli nell'ordinamento bancario: l'evoluzione storica. ó 20. Le Disposizioni di vigilanza per le banche (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e s.m.). Le Disposizioni su il "Governo societario": profili generali. ó 21. Sistemi di amministrazione e controllo e progetto di governo societario. ó 22. Organi con funzione di supervisione strategica. ó 23. Composizione e nomina degli organi sociali. Funzionamento degli organi e flussi informativi. I requisiti di professionalità e di onorabilità: le Linee Guida BCE del maggio 2017. Il Documento MEF 2 agosto 2017. ó 24. Una distinzione da non dimenticare: amministratori esecutivi e amministratori non esecutivi. ó 25. Conflitto di interessi e dovere di astensione (art. 53, co. 4, t.u.b.). ó 26. Organi con funzioni di controllo. ó 27. Il sistema dei controlli interni. Il fulcro della disciplina regolamentare: il coordinamento delle funzioni di controllo. ó 28. Le definizioni: organi, funzioni, procedure. Il *risk appetite framework*. ó 29. I principi generali. La gestione del rischio: *key-issues*, tecniche, processi. ó 30. Il "documento" sui sistemi di controllo. ó 31. I compiti delle funzioni aziendali di controllo. ó 32. Principio di proporzionalità e esternalizzazione delle funzioni aziendali (*outsourcing*). ó 33. Il sistema dei controlli nei gruppi bancari. Il regolamento di gruppo. ó 34. Poteri di intervento e sanzioni:

cenni. ó 35. Valutazioni conclusive. Proposte di riforma alle norme di diritto comune. ó 36. Un interrogativo finale.

I. INTRODUZIONE.

1. *L'influenza del diritto europeo sull'ordinamento bancario italiano: cenni introduttivi.*

1.1. Il diritto bancario italiano è stato profondamente inciso dalla legislazione europea, in particolare nell'ultimo quinquennio. Richiamo, per brevi cenni, i temi salienti¹.

Il sistema delle fonti presenta significative peculiarità.

In tema di regole *prudenziali* e di *governance* l'autonomia legislativa dei singoli stati è stata fortemente compressa.

I principi generali sono stati elaborati dal *G20* organo composto dai capi di Stato, dai ministri economi dei maggiori paesi industrializzati e dai governatori delle Banche Centrali.

I principi sono stati precisati dal *Financial Stability Board*, costituito da Banche Centrali e Autorità di Vigilanza, rappresentanti dei governi del G20 e della Unione Europea.

Il *Comitato di Basilea*, formato dai Governatori delle banche centrali, ha tradotto i principi in regole tecniche (cfr. Basilea 2, Basilea 3).

L'Unione Europea ha emanato la Direttiva 2013/36/UE c.d. *CRD IV* e il *Regolamento 575/2013/UE*.

Numerose disposizioni normative dell'Unione Europea ó direttive e regolamenti ó in materia di sistema unico di vigilanza, come poco oltre specificato (cfr. § 2.) sono in corso di revisione. Segnalo ancora l'emanazione, nel maggio 2017, da parte della BCE della *Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità*, che, come si dirà, presenta diversi profili di criticità (cfr. § 23).

L'Italia ha adottato le regole europee prevalentemente con provvedimenti regolamentari della Banca d'Italia (cfr. Circolare 285, del 17 dicembre 2013 e s.m.: *Disposizioni di Vigilanza per le Banche*) in forza dei poteri ad essa conferiti dagli artt. 53 e 67 del T.U.B. (come modificati dal d.lgs. 12 maggio 2015 n. 72).

In particolare, in tema di amministrazione e controlli, si deve segnalare il Titolo IV, della Circolare 285, dedicato al *Governo societario*.

Il metodo desta qualche preoccupazione se unito ad altri fenomeni di privatizzazione delle fonti. Si pensi ai principi contabili internazionali elaborati dallo IASB, norme private che in ragione del rinvio ad esse da parte della normativa europea assumono valore sovraconstituzionale.

¹ Sull'argomento di veda V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, Relazione a ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE, Presentazione del tema del VII Convegno annuale dell'Associazione *L'influenza del diritto europeo sul diritto commerciale: valori, principi, interessi*, Roma, 10 luglio 2015, disponibile sul sito <http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/atti-dei-convegni-associativi/2015>, da cui traggono spunto per le sintetiche osservazioni che seguono.

Nella materia specifica, oggetto di questo studio, il rapporto tra norme primarie ó si pensi all'art. 53, comma 1, lett. d), d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 ó e norme secondarie ó la Circolare 285 ó registra una sorta di vera e propria òinversione dell'ordine delle fonti.

1.2. Per quanto riguarda le norme introdotte dal d.lgs. 72/2015 possiamo distinguerle, in estrema sintesi, in due categorie:

1] Norme che derogano al diritto societario in ragione di una ritenuta specialità della *governance* delle banche.

2] Disposizioni che incidono sull'applicazione delle norme di diritto comune nelle banche.

Appartengono alla prima categoria:

- a) l'introduzione dei criteri di competenza tra i requisiti dei partecipanti al capitale e degli esponenti aziendali;
- b) l'introduzione, per i partecipanti al capitale òinfluenti e gli esponenti aziendali, di criteri di correttezza;
- c) il comma 3°, lett. c) del nuovo art. 26 TUB contiene anche il riferimento ad una òadeguata composizione dell'organo;
- d) la disciplina del conflitto di interessi. Il D.Lgs. 72/2015, nel nuovo 4° comma dell'art. 53, TUB introduce una disposizione che costituisce una vistosa deroga alla disciplina di diritto comune;
- e) la previsione della nullità di qualunque patto o clausola non conforme alle disposizioni in materia di sistemi di remunerazione e di incentivazione emanati dalla Banca d'Italia o contenute in atti dell'Unione Europea;
- f) l'attribuzione alla Banca d'Italia del potere di disporre la rimozione di uno o più esponenti aziendali qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca o del gruppo bancario.

Le deviazioni dal diritto societario comune si trovano nel Testo Unico Bancario (si pensi ó ad esempio ó alla innovata disciplina del conflitto di interessi: art. 53, comma 4, t.u.b.) e, soprattutto, nella Circolare 285 (si veda, in particolare, l'obbligo di costituzione dei comitati endo-consiliari, i vincoli posti alla loro composizione e la definizione delle loro competenze; l'attribuzione all'organo con funzione di supervisione strategica di competenze inderogabili in materia di gestione dei rischi e di sistema dei controlli interni).

In questo quadro il tema dei rischi e dei sistemi di controllo ha una rilevanza centrale.

2. *Prospettive di evoluzione della normativa europea.*

La Commissione europea ha pubblicato il 23 novembre 2016 un elenco delle riforme necessarie per completare il rafforzamento dell'architettura regolamentare a

supporto della stabilità finanziaria². Le diverse misure mirano a rafforzare ulteriormente la resilienza delle banche europee. Le modifiche proposte riguardano il Regolamento 575/2013/UE, c.d. "CRR" e la Direttiva sui requisiti patrimoniali 2013/36/UE "CRD IV", la Direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche 2014/59/UE "BRRD" e il Regolamento concernente il meccanismo di risoluzione unico 806/2014/UE "SRM". Sotto il profilo dei contenuti, nell'attenzione del legislatore, le proposte prevedono misure volte:

- ad aumentare la resilienza delle istituzioni e a rafforzare la stabilità finanziaria, tramite introduzione di un indicatore strutturale di liquidità, di un indice di leva finanziaria e di requisiti patrimoniali più sensibili al rischio, in particolare nelle aree del rischio di mercato e del rischio di controparte;
- a migliorare la capacità di sostegno delle banche all'economia, in particolare le Pmi e il finanziamento di progetti infrastrutturali;
- a introdurre maggiori elementi di proporzionalità, per rendere l'architettura regolamentare più adeguata alle diverse dimensioni e complessità delle istituzioni finanziarie;
- a facilitare il ruolo delle banche nella costruzione di mercati dei capitali europei più spessi e liquidi per sostenere la creazione di una Unione dei mercati dei capitali;
- a rafforzare ulteriormente l'architettura di risoluzione europea e la capacità della autorità di risoluzione di garantire la salvaguardia della stabilità finanziaria e delle risorse economiche pubbliche.

Le proposte legislative sono ora all'esame del Parlamento europeo e del Consiglio. In relazione al processo di modifica di Regolamento e Direttiva sui requisiti patrimoniali (rispettivamente, "CRR" per il Regolamento 575/2013/UE e "CRD V" per la Direttiva 2013/36/UE), nonché della Direttiva sul risanamento e la risoluzione delle banche (2014/59/UE "BRRD") e al Regolamento concernente il meccanismo di risoluzione unico (806/2014 "SRM"), sono state «definite una serie di proposte da parte dell'ABI, con riferimento al complesso dei testi vigenti e non solo agli articoli oggetto di proposta di modifica della Commissione. Tali proposte sono state illustrate ai rappresentanti delle istituzioni ai fini di una loro considerazione in sede di discussione dei nuovi testi».

II. AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLE SOCIETÀ PER AZIONI

3. *L'amministrazione della società azionaria: i principi.*

3.1. La disciplina in materia di amministrazione e controlli nella società per azioni³, contiene significative innovazioni che si vuole qui brevemente sintetizzare,

² Traggo le informazioni che seguono da ABI-Associazione Bancaria Italiana, *Rapporto sulle attività svolte da Associazione Bancaria Italiana nel 2016-2017*, s.d. ma 2017, p. 15.

³ Riprendo qui in parte, con modificazioni e aggiornamenti, un precedente studio: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca Borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 707 ss.; si veda altresì, più recentemente, ID, *Il sistema dei controlli interni nell'ordinamento bancario*, in ID., *Impresa*,

società di capitali, mercati finanziari, Torino, 2017, p. 263 ss. In argomento segnalo, in particolare, V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impresa e società*, 2015, p. 25 s.

In materia mi permetto di rinviare il lettore ad alcuni altri miei scritti: P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 422 ss.; ID., *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 803; ID., *Le nuove regole di governance delle società per azioni: il punto di vista del giurista*, in AA.VV., *La riforma delle società di capitali: aziendalisti e giuristi a confronto*, in *Atti del Convegno di Foggia*, 12-13 giugno 2003, Milano, 2004, 45 ss.; ID., *Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di M. Rescigno e A.M. Sciarbone, Milano, 2004, 59 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in AA.VV., *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, Atti Convegno CNPDS - Fondazione Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, Milano, 2005, 121 ss., nonché in *Giur. comm.*, 2005, I, 435 ss.; ID., *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. IV, t. 2, Padova, 2004, 195 ss.; ID., *Commento sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e al., Bologna, 2004, 664 ss.; ID., *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. Soc.*, 2006, 975 ss.; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.; ID., *I doveri degli amministratori degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, in *Quad. Cesifin*, Atti convegno Firenze, 12/04/13, 2014, 35 ss.; da ultimo, ID., *Prevenzione dei reati tributari (c.d. Cooperative Compliance), Modello 231, sistemi di controllo e governance societaria: profili generali e ipotesi di riforma*, in *NDS-Nuovo Diritto Societario*, 2017, 9/2017, p. 963 ss. Sul tema dell'amministrazione e dei controlli societari si vedano, tra i numerosi contributi, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004 e ora ID., *La responsabilità degli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013; nonché ID., *L'amministrazione delle s.p.a. nella riforma*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 700 ss.; O. CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 801 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 535 ss.; A. FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, Milano, 2004; P. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in AA.VV., *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, 469 ss.; V. SALAFIA, *Gli organi delegati nell'amministrazione della s.p.a.*, in *Soc.*, 2004, 1325 ss.; ID., *Amministrazione e controllo: le modifiche statutarie conseguenti alla riforma societaria*, in *Soc.*, 2004, 137; AA.VV., *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Scognamiglio, Milano, 2003; F. VASSALLI, *Alcuni aspetti dell'amministrazione delle s.p.a. nella riforma del diritto societario*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 484 ss.; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005; G. MINERVINI, *Commento sub art. 2380*, in AA.VV., in *La riforma delle società*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, t. 1, Torino, 2003, 388 ss.; M. SANDULLI, *Commento sub artt. 2381 ss.*, *ivi*, 395 ss.; N. ABRIANI, *Commento sub art. 2380-bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e al., Bologna, 2004, 669 ss.; G.D. MOSCO, *Commento sub artt. 2380 ss.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 579 ss.; F. VASSALLI, *Commento sub art. 2392*, *ivi*, 676 ss.; S. POLI, *Commento sub art. 2380*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, t. 1, Padova, 2004, 621 ss.; P. MORANDI, *Commento sub artt. 2380- bis-2381*, *ivi*, 650 ss.; S. ROSSI, *Commento sub art. 2392*, *ivi*, 790 ss.; C. MALBERTI, F. GHEZZI, F. VENTORUZZO, *Commento sub art. 2380*, in *Amministratori*, a cura di F. Ghezzi, in *Commentario alla riforma*

in particolare in funzione di una riflessione sulla *corporate governance* nell'ordinamento bancario.

Volendo tentare l'individuazione dei tratti metodologicamente più innovativi della riforma si può, in primo luogo, segnalare il ruolo centrale che il legislatore del 2003 ha inteso assegnare all'*informazione e alla trasparenza*, sia come canone dell'*agire del buon amministratore* sia come strumento di *tracciabilità* dei comportamenti, anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità.

Si pensi all'obbligo del presidente di provvedere affinché siano fornite «*adequate informazioni*» al consiglio (art. 2381, comma 1°), all'informativa periodica dovuta dai delegati al consiglio (art. 2381, comma 5°), alla funzione centrale assegnata all'*informazione* come strumento di valutazione sia degli assetti organizzativi sia del generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3°), ai poteri-doveri di informazione degli amministratori, il cui limite è segnato dalla sede consiliare (art. 2381, comma 6°), agli obblighi informativi in tema di operazioni con amministratori interessati (art. 2391), di operazioni con parti correlate (art. 2391-bis), di operazioni motivate da ragioni di gruppo (art. 2497-ter), di *leveraged buyout* (art. 2501-bis, comma 3°) e così via.

Il canone dell'*«agire in modo informato»* (art. 2381, comma 6°) assurge a paradigma generale di comportamento del buon amministratore.

La carenza informativa è, addirittura, motivo autonomo di impugnativa della deliberazione assunta in presenza di amministratori interessati (art. 2391, comma 2°).

3.2. Il secondo asse portante della riforma in materia di amministrazione può essere individuato nella puntualizzazione di *specifici poteri-doveri degli amministratori*, che, lungi dal configurarsi come mera esplicitazione di compiti già implicitamente e indiscutibilmente ricompresi nella funzione amministrativa o come meccanica traslazione di prassi aziendali consolidate, si pongono, al contrario, come innovativa regolamentazione del ruolo dei gestori, articolato nel contenuto e procedimentalizzato nelle tecniche, coerentemente con gli sviluppi e le complessità dell'*organizzazione d'impresa* e dei suoi risvolti societari.

Si pensi alla disciplina degli assetti organizzativi⁴, al dovere di disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, al contenuto dei *report* dovuti al consiglio

delle società, diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2005, 3 ss.; A. DE NICOLA, *Commento sub artt. 2380-bis-2381*, *ivi*, 79 ss.; ID., *Commento sub art. 2392*, *ivi*, 545 ss. Tra le opere generali più recenti si vedano ancora: M. SPIOTTA, *L'amministrazione*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Commentario diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, Bologna, 2009, 465 ss.; U. DE CRESCIENZO, *La gestione. La responsabilità*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da O. Cagnasso, L. Panzani, Bologna 2010, 773 ss., 817 ss.; N. ABRIANI, P. MONTALENTI, S. AMBROSINI, *Gli amministratori*, in N. ABRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da G. Cottino, Vol. IV, t. 1, Padova, 2010, 566 ss.; AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.

⁴ Si vedano sin d'ora P. MONTALENTI (nt. 3) e ID., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, 294 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle*

(art. 2381, comma 3°), agli obblighi di compensazione nel perseguimento delle politiche di gruppo (cfr. art. 2497, comma 1°, ult. parte, e art. 2634).

3.3. La terza caratteristica saliente della riforma può essere individuata nella *attenuazione della dipendenza degli amministratori dal socio di controllo*, con l'estensione al diritto comune dell'azione di responsabilità della minoranza (art. 2393-bis), con la previsione dell'impugnabilità da parte dei soci delle deliberazioni consiliari lesive dei loro diritti (art. 2388, comma 4°), con l'espressa esclusione degli effetti liberatori dalla responsabilità della deliberazione assembleare di autorizzazione (art. 2364, comma 1°, n. 5), con la previsione dell'obbligo di informazione all'assemblea dell'amministratore unico o interessato (art. 2391, comma 1°, ult. parte), con la innovativa disciplina della responsabilità verso i soci e i creditori di società eterodirette in caso di abuso della direzione unitaria (arg. ex art. 2497, commi 2° e 3°).

3.4. Per converso, il quarto tratto distintivo della disciplina può ravvisarsi nel *rafforzamento dei poteri degli amministratori*.

La disposizione per così dire di sistema è contenuta nell'art. 2380-bis, comma 1°, che cristallizza il principio secondo cui «*la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori*».

Scopo della norma è anche alla luce dell'art. 2364, comma 1°, n. 5 è l'espressa esclusione dell'attribuibilità di competenze gestorie all'assemblea.

Si deve tuttavia rilevare che il principio non assume quel valore di assoluto tipologico che il testo letterale della norma sembrerebbe attribuirgli. Dall'art. 2497, comma 1°, c.c. si evince infatti, *a contrariis*, che, nei limiti dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, è legittimo esercitare l'attività di direzione e coordinamento e cioè un'attività sistematica di indirizzo strategico delle scelte gestorie, che, pur non espropriando gli organi della società eterodiretta, ne condiziona e ne orienta tuttavia le decisioni amministrative.

E, sia detto incidentalmente, non si vede allora per quale ragione comportamenti legittimi se tenuti *de facto* non possano essere statutariamente dedotti come oggetto di deliberazioni assembleari, allora vincolanti, ferma restando la responsabilità degli amministratori⁵.

In questo quadro, per così dire relativizzato, si registra, in ogni caso, un effettivo aumento di competenze degli amministratori dalle regole, sia pure dispositive, che attribuiscono ad essi l'emissione di obbligazioni (art. 2410, comma

società di capitali, Milano, 2005; ID. *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario* (nt. 3), 549 ss. Altri riferimenti alla nota 8.

⁵ E per una rivalutazione delle competenze (implicite) dell'assemblea si veda G.B. PORTALE, *Rapporti tra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 2, Torino, 2006, 3 ss. Sulle deleghe di competenze si veda S.A. CERRATO, *Le deleghe di competenze assembleari nelle società per azioni*, Milano, 2009.

1°) e le deliberazioni costitutive di patrimoni destinati (art. 2447-ter, ult. comma), il potere di escludere il diritto di opzione nell'esercizio dei poteri delegati di aumentare il capitale sociale (art. 2443, comma 1°, seconda parte) sino all'ampia gamma di competenze, tipicamente assembleari, che ora il legislatore consente di attribuire all'organo amministrativo (art. 2365, comma 2°).

4. *Segue. Standard di diligenza e responsabilità degli amministratori.*

Il legislatore risolve l'annosa questione dello *standard* di diligenza dell'amministratore, che il codice previgente ancorava alla diligenza del buon padre di famiglia, anche se la dottrina prevalente e la giurisprudenza, sia pure con alcune ambiguità concettuali, riconducevano al paradigma del buon amministratore, cioè alla diligenza qualificata.

La norma attuale ancora lo *standard* alla «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico» (art. 2392, comma 1°) e cioè, appunto, alla diligenza professionale, da valutare, come stabilisce l'art. 1176, comma 2°, «con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Il legislatore non richiede la perizia⁶ ma, a mio parere, è difficile ipotizzare il rispetto dello *standard* di diligenza in assenza di un'adeguata se pur sommaria preparazione allo svolgimento dell'incarico, senza la quale il grado professionale della diligenza diviene irraggiungibile.

Il legislatore, con una disposizione fortemente innovativa, anche con riferimento all'esperienza comparatistica, precisa che la diligenza degli amministratori deve essere parametrata alle «*loro specifiche competenze*». Con il che lo *standard* si avvicina significativamente alla perizia, nel senso che là dove l'amministratore abbia competenze attinenti a profili significativi del contenuto di deliberazioni, operazioni, attività gestionali in genere da cui possano insorgere responsabilità o si pensi ai profili legali, finanziari o tecnici o, la valutazione della diligenza dovrà essere effettuata con criteri differenziati per l'amministratore esperto giuridico oppure per l'amministratore esperto di finanza oppure ancora per l'amministratore esperto nel settore di attività della società: una conclusione che nell'ordinamento bancario è rafforzata dalla disciplina speciale in tema di requisiti di professionalità.

Le nuove regole non intaccano però, a mio parere, la regola dottrinal-giurisprudenziale della *business judgment rule*, nel senso che la responsabilità dell'amministratore potrà sorgere ove sia ravvisabile l'elemento soggettivo dell'illecito, contrattuale o extracontrattuale, e cioè il dolo o la colpa, ma non gli si

⁶ Come ritengono alcuni autori: cfr., ad esempio, già R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 146 ss.

potrà imputare il risultato negativo della gestione se non nel caso di operazioni assolutamente irrazionali⁷.

5. *Principi di corretta amministrazione, adeguatezza degli assetti organizzativi, sistema di controllo interno.*

La riforma del 2003 ha inoltre elevato i *principi di corretta amministrazione* a clausola generale di comportamento degli amministratori (arg. ex art. 2403 c.c.), prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. ex art. 149, lett. b), t.u.f.]⁸.

La previsione normativa ha un rilievo sistematico e operativo fortemente innovativo, la cui portata non è stata, a mio parere, sufficientemente posta in evidenza, in particolare per i riflessi in tema di responsabilità. L'esperienza recente, in casi di particolare importanza e gravità, ci dimostra, al contrario, che è proprio sul terreno della correttezza e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi che la responsabilità degli amministratori può essere posta in discussione.

Il rispetto delle regole, anche tecniche, elaborate dalla prassi e dalle scienze aziendali, e non solo giuridiche, di buona gestione è oggi, infatti, norma di diritto comune.

Inoltre il paradigma degli *assetti organizzativi adeguati*⁹, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori.

Segmento, e fulcro, degli assetti organizzativi adeguati è il *sistema di controllo interno*, che costituisce lo snodo cruciale dell'articolazione del potere d'impresa e delle regole di responsabilità.

⁷ Cfr., in questo senso, Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in *Soc.*, 1997, 1389 ss.; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Riv. not.*, 2004, 1571 ss.; e vedi ora, in senso conforme al testo, A. DE NICOLA, *Commento sub art. 2392*, cit., 557 s. e spec. nota 48.

⁸ Lo si evince dalla previsione di un obbligo specifico di vigilanza sul rispetto di tali principi in capo agli organi di controllo, anche se, a mio parere per un difetto di coordinamento, la statuizione espressa si rinviene soltanto per il collegio sindacale (art. 2403) e per il consiglio di sorveglianza [(art. 2409-*octiesdecies*, comma 1, lett. c), cod. civ.], ma non per il comitato per il controllo sulla gestione (cfr. art. 2409-*octiesdecies*, cod. civ.).

⁹ Sull'argomento si vedano, per tutti, P. MONTALENTI, *Commento sub art. 2381*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino e al., vol. 1, Bologna, 2004, 682; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, (nt. 3); E. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, 3, 51 ss., G.M. ZAMPERETTI (nt. 2), 203 ss. e ora, per una trattazione organica e attenta ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, F. BONELLI, *La responsabilità* (nt. 1).

Resta fermo, in ogni caso, che per la *società quotata* su mercati regolamentati l'obbligatorietà del sistema di controllo interno è espressamente prevista dal legislatore del testo unico [arg. ex art. 149, comma 1° lett. c) e art. 149, comma 4-bis, t.u.f.]¹⁰. Una riflessione critica sulla materia richiede qualche considerazione sistematica di ordine più generale.

6. Controlli interni e corporate governance.

I controlli interni nelle società di capitali¹¹ rappresentano uno dei pilastri fondamentali, se non l'architrave, della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate, con la L. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il testo unico della finanza nel 1998, alla disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica o il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 o all'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli

¹⁰ L'obbligatorietà del controllo interno nel sistema monistico è invece prevista, come si è detto, in via generale per tutte le società: pertanto l'esclusione dell'applicazione della lett. c) dell'art. 149 t.u.f. al comitato per il controllo della gestione stabilita dal comma 4-ter del medesimo articolo è, a ben vedere, impropria, perché la vigilanza sul sistema di controllo interno nel sistema monistico da parte del comitato di controllo sulla gestione è prevista dall'art. 2409-octiesdecies, comma 5°, lett. b), c.c., la cui applicazione nelle quotate non è esclusa, come si evince dall'art. 154 t.u.f., ai sensi del quale al comitato per il controllo sulla gestione delle società per azioni quotate non si applicano soltanto gli articoli 2399, primo comma e 2409-septies, c.c.; dal che discende che l'art. 2409-octiesdecies trova, invece, applicazione.

Un *puzzle* normativo vagamente barocco, dal quale si evince, in definitiva, che per tutte le società quotate, quale che sia il modello di *governance* adottato, l'*istituzione del sistema di controllo interno* è sempre obbligatoria.

¹¹ In argomento mi permetto di rinviare, anche per ampi riferimenti, al mio ultimo lavoro in argomento: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo* (nt. 1), 42 ss. Segnalo alcuni altri recenti lavori in cui ho trattato il tema: ID., *I controlli societari: recenti riforme antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 535; ID., *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.* 2012, II, 243 ss.

Precedentemente si vedano, tra i diversi scritti che ho dedicato a questa materia, P. MONTALENTI, *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Società*, 1998, 899 ss.; ID., *Corporate Governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, 803 ss.; *L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 65 ss.; *La società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, vol. IV, t. 2, Padova, 2004, 227 ss.; *La responsabilità* (nt. 1), 294 ss.; *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, Vol. 2, 832 ss.; *Sui controlli societari: funzioni da semplificare*, in *Il Sole 24-ore*, 27 novembre 2007.

dell'organo di controllo di società quotate con la riforma societaria del 2003, alla disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 riformato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90) sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 riformato dal d.lgs. 17 luglio 2016 n. 135 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231 (art. 14, comma 12, L. 12 novembre 2011 n. 183).

Il quadro si compone, poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle competenze del *collegio sindacale* in tema di regole di governo societario (art. 149, comma 1°, lett. c-bis, t.u.f.) e alle competenze del *dirigente preposto* alla redazione dei documenti contabili in materia di «*adeguate procedure amministrative e contabili*» per la formazione del bilancio (art. 154-bis, comma 3°, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), alle disposizioni regolamentari nei settori vigilati, al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2011 (e, da ultimo, nel 2015).

Ed è paradigmatico con quale attenzione, e costanza, operatori e studiosi stiano formulando, quantomeno da un decennio, riflessioni, valutazioni, proposte.

7. *Il concetto di controllo: una nuova sistematica.*

7.1. La partizione concettuale tradizionale in tema di controllo ó controllo di legalità (formale e sostanziale), controllo di merito ó merita una rivisitazione sistematica.

Il *controllo di merito*, e cioè il controllo sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività (più che dei singoli atti) di gestione, spetta ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come *plenum*, nei confronti dei delegati.

Il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito ó il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento ó dalla c.d. *business judgment rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili, né dal collegio sindacale né dal comitato *audit* né dai revisori né dal giudice, se non in caso di *manifesta irrazionalità*.

Vi è, dall'altro lato, il *controllo di legalità* (cfr. art. 2403, c.c.), da intendersi nel senso più pregnante di legalità sostanziale.

Ma la categoria più innovativa, e di centrale rilievo è ora codificata nel dovere di vigilanza «*sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*» (art. 2403, comma 1°, c.c.), la verifica cioè dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche ó istruttorie, procedurali, decisionali ó che concretano la diligenza professionale del buon amministratore (cfr. art. 2392, nuovo testo). Controlli che sono affidati, con compiti differenziati, sia all'organo di gestione come *plenum* sia all'organo di controllo, (cfr. art. 2381, comma 3°, art. 2403, comma 1°, c.c., art. 149, comma 1°, t.u.f.; art. 149, comma 4-bis e comma 4-ter, t.u.f.).

Elemento centrale del controllo sulla correttezza gestoria è rappresentato dal controllo sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, cioè il controllo sull'adeguatezza dell'intero sistema di funzionamento e di organigramma e in particolare del sistema procedurale di controllo, dal monitoraggio dei rischi (c.d. funzione di *risk management*) alla verifica del rispetto delle regole normative, primarie e secondarie (c.d. funzione di *compliance*).

In conclusione il concetto di controllo pare oggi doversi più analiticamente scomporre in tre subfattispecie: (i) controllo di merito; (ii) controllo di correttezza gestionale e di adeguatezza amministrativa; (iii) controllo di legalità (formale e sostanziale)¹².

7.2. Il controllo si emancipa poi dall'accezione tradizionale di verifica *ex post* (derivato del diritto amministrativo) e si evolve in elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo.

In altri termini il controllo non è estrinseco ma intrinseco alla funzione gestoria; in chiave assiologica la nozione dovrebbe evolvere da una concezione del controllo come costo all'idea del controllo come opportunità.

Di là dalle formule, questa mutazione sistematica e la conseguente nuova ricostruzione teorica del concetto di controllo segnano un'evoluzione profonda di cui la pratica ma forse ancor più la dottrina non hanno ancora colto appieno significato e potenzialità.

In termini sintetici il sistema e la *best practice* si evolvono da una visione del controllo come mera funzione sanzionatoria, ancorché, auspicabilmente, anche di deterrenza, ad una concezione del controllo come funzione fisiologica della gestione, che si innesta cioè nell'esercizio del potere amministrativo come strumento di indirizzo e di correzione permanente della direzione degli affari verso l'obiettivo di un pieno rispetto delle regole vigenti.

Il che si riflette, come meglio dirò, in una nuova tipologia di rapporti interorganici che merita, a mio avviso, una omessa a punto legislativo.

8. Controllo diretto e controllo indiretto.

Deve altresì introdursi una distinzione che non trova un riferimento normativo specifico ma che ha una rilevanza cruciale nella realtà operativa dei controlli, ovvero la suddivisione del controllo tra controllo diretto e controllo indiretto. Una bipartizione che incrocia trasversalmente organi e funzioni e che vede però, nella tipologia economico-sociale, la netta prevalenza dei controlli indiretti sui controlli diretti.

Ciò deriva, è indubbio, anche dalla oggettiva complessità della grande impresa moderna nella quale il potere di amministrazione, sia pure gerarchicamente organizzato, è fortemente articolato e diffuso, per cui ben si può affermare che anche la direzione suprema degli affari si estrinseca, da un lato, in linee direttrici

¹² Ma in senso parzialmente critico vedi ora S. FORTUNATO, *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Riv. soc.*, 2015, 257.

generali, dall'altro nella verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione di altri soggetti (organi delegati, alta dirigenza, *managers*, responsabili di settore, amministratori di società controllate ecc.).

Analogo fenomeno si verifica nelle *procedure di controllo*, ambito nel quale molte istanze procedono non già ad atti di ispezione e di controllo diretto bensì ad atti di accertamento presso le istanze inferiori volti a verificare il corretto svolgimento delle procedure di controllo e l'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui le procedure stesse sono parti integranti.

I controlli indiretti, proprio perché molteplici articolati e diffusi, contengono in sé maggiori risorse di *feedback* e quindi di autocorrezione, ma, proprio perché si fondano sui controlli diretti (i c.d. controlli di linea), rischiano anch'essi un *default a catena* in caso di carenza o di inefficacia di questi e richiedono quindi un apposito presidio attraverso l'istituzione di un appropriato sistema di controllori dei controllori.

9. *Controllo e vigilanza.*

Si deve altresì distinguere tra *controllo* e *vigilanza*.

I due concetti non sono, a mio parere coestensivi. Il controllo evoca strumenti di verifica più pervasivi; di contro la vigilanza deve essere intesa come attività di sorveglianza generale e, di regola, indiretta. Si pensi, ad esempio, alla funzione di *internal audit* ripartita tra amministratore delegato, con funzioni, dunque, di controllo in senso proprio e presidente, con funzioni, dunque, di supervisione sintetica.

Deve peraltro rilevarsi che il legislatore predica allo stesso verbo oggetti diversi che caratterizzano, con declinazioni diverse, la condotta.

Ad esempio il collegio sindacale *vigila* sull'*osservanza* della legge e dello statuto [art. 2403, c.c.; art. 149, comma 1°, lett. a), t.u.f.], mentre il consiglio di amministrazione (nelle quotate) *vigila* sul *rispetto effettivo* delle procedure (art. 154-*bis*, comma 4°, t.u.f.): espressione, quest'ultima, che sembra evocare un controllo più pervasivo.

Gli organi delegati, invece, e il dirigente preposto, *attestano* anche *l'effettiva applicazione*: espressione che pare alludere ad un controllo ancor più immediato e diretto.

Non vi è dubbio che tracciare una linea di demarcazione tra attività di verifica che presentano elementi di forte contiguità non è agevole; rimane tuttavia il fatto che tra controllo e vigilanza non vi è perfetta sovrapposizione. La rilevanza della distinzione risiede in particolare nel concetto di vigilanza che non può essere interpretato in termini di attività di ispezione diretta e diffusa ma che, come si è precisato, deve essere inteso come *funzione di sintetica e generale sorveglianza* sulle aree, peraltro ampie e articolate, oggetto dei poteri-doveri dell'organo di controllo: questione cruciale ai fini della equilibrata ricostruzione dei profili di responsabilità.

10. *La funzione di vigilanza degli amministratori: superata la responsabilità oggettiva.*

Con la riforma del diritto societario è venuto meno il dovere *generale* di vigilanza sulla gestione di cui al testo previgente dell'art. 2392 cod. civ., fonte di indebita attribuzione di responsabilità oggettive agli amministratori: sul punto non si può che plaudere al legislatore.

Il dovere di vigilanza non è tuttavia scomparso: ha assunto *declinazioni diverse* adeguatamente circoscritte nell'oggetto, appropriatamente disciplinate nella forma, opportunamente *coordinate* nell'attuazione.

La disposizione specificamente dettata in materia stabilisce infatti, in primo luogo, che il consiglio di amministrazione *sulla base delle informazioni ricevute* valuta sia l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia l'andamento generale della gestione (art. 2381, comma 3°).

Questa disposizione sembra, ad una prima lettura, circoscrivere il potere-dovere di vigilanza sulla gestione da parte del consiglio come *plenum* alla disamina della relazione ad esso fornita dagli organi delegati.

È ben vero il contrario, non solo nel senso che *dovrà richiedersi*, come si è detto, *un supplemento di informativa ogni qualvolta se ne constati l'insufficienza*, ma altresì nel senso che il consiglio dovrà accertarsi che siano espressamente precisate le caratteristiche dei modelli organizzativi e delle procedure, le verifiche in concreto effettuate per valutarne l'adeguatezza, gli eventuali difetti riscontrati, i miglioramenti adottati e approfondire profili dell'attività di gestione che risultano trattati in modo eccessivamente sintetico.

In conclusione: l'*informativa* non può limitarsi ad affermazioni apodittiche, dovendo, per contro, consentire al consiglio una valutazione in concreto dei sistemi adottati, delle procedure seguite per verificarne l'efficienza e l'efficacia, della correttezza e dell'idoneità, dunque, delle metodologie di organizzazione e di controllo poste in essere, attraverso, ad esempio, una sintetica esposizione dell'operato del sistema di controllo interno e dei suoi preposti. Non solo: è vero che gli amministratori non possono procedere ad atti individuali di ispezione, ma possono certamente proporli e deliberarli come collegio.

Questa conclusione non costituisce una mera articolazione o specificazione *aziendalistica* dei doveri degli amministratori, bensì l'assegnazione al dovere di vigilanza e alla conseguente responsabilità in caso di omissione di un ruolo centrale nel rapporto tra *plenum* e delegati.

11. *Organismo di vigilanza (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) e organo di controllo: recenti innovazioni (art. 14, comma 12°, L. 12 novembre 2011, n. 183).*

Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001*¹³.

¹³ Mi permetto di rinviare, anche per i riferimenti, al mio *L'organismo di vigilanza (d.lgs. 231/2001): profili di diritto societario*, in P. MONTALENTI, *Società per azioni* (nt. 1), 203 ss., nonché ID., *Organismo di vigilanza 231 e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643/I ss.; ID., *Organismo di vigilanza 231 e gruppi di società*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 383 ss. e ora ID., *Prevenzione dei reati tributari (c.d. Cooperative Compliance), Modello 231, sistemi di controllo e governance societaria: profili generali e ipotesi di riforma*, in *NDS*,

La materia si collega del resto, strettamente, alla tematica degli assetti organizzativi. Infatti, in linea di principio, la predisposizione del modello 231 è, tecnicamente, un onere: la sanzione per la mancata adozione, in base alla legge speciale, può essere comminata *ex post*, come sanzione amministrativa, in caso di perpetrazione del reato nell'interesse dell'ente.

Vero è anche però che l'art. 2381 impone agli amministratori di dotare la società di assetti organizzativi adeguati: là dove il rischio da reato, e quindi il rischio di sanzione per la società, non sia insignificante, la mancata predisposizione del modello o come ha sancito il Tribunale di Milano¹⁴ o costituisce *anche* un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati.

Il legislatore è intervenuto recentemente in materia. Con la legge di stabilità 2012 (L. 12 novembre 2011, n. 183), all'art. 14, comma 12°, ha modificato l'art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, inserendo il comma 4-*bis* ai sensi del quale «nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato di controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza...».

La norma ha suscitato reazioni opposte.

Prescindendo dalle posizioni ispirate a mero corporativismo, credo che il legislatore abbia operato una condivisibile scelta di fiducia nei confronti della maturità e ragionevolezza dell'autonomia privata.

Saranno infatti gli operatori che, in ragione delle dimensioni dell'impresa, della tipologia dei rischi, della complessità dell'attività, della specificità differenziale oppure invece della analogia rispetto alla tipologia e alle procedure di verifica e di vigilanza dell'organo di controllo, sapranno valutare se la concentrazione possa essere una soluzione semplificatrice, pur senza diminuzione dell'efficacia dei controlli oppure invece se la separazione garantisca una migliore specializzazione e quindi una maggiore puntualità di intervento rispetto alla concreta configurazione della società e dell'impresa.

Si deve però sottolineare che l'autonomia privata dovrà valutare con particolare attenzione se, considerata la complessità dell'impresa, la tipologia dei rischi da reato, le caratteristiche dei controlli necessari non impongano piuttosto di mantenere l'ODV come organo distinto al fine di una vigilanza più specialistica e, quindi, più efficace.

Pena il rischio che il modello di prevenzione non sia considerato efficace.

12. *Disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90) e sistemi di controllo.*

cit. Sul tema vedi R. SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 851 ss.

¹⁴ Cfr. Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, reperibile sul sito www.confindustria.it.

La disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 riformato dal d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90)¹⁵, la cui rilevanza nell'attività bancaria è di primaria centralità, si innesta anch'essa nel complesso reticolo della normativa sui controlli, articolandosi su alcune linee direttrici, che possono così sintetizzarsi.

Si individuano in primo luogo *i soggetti obbligati* (art. 3 ss.): intermediari finanziari, professionisti, soggetti affini; produttori e commercianti di oggetti preziosi.

Si enucleano poi le *operazioni*, in cui, essenzialmente, l'uso del denaro ó o del denaro per importi superiori a una determinata soglia [p 15.000,00: cfr. art. 15, commi 3° e 4°; art. 16, comma 1°, lett. a) e b)] ó costituisce elemento di sospetto di riciclaggio.

Si statuiscano, infine, i diversi *obblighi procedurali*: gli obblighi di verifica della clientela (art. 18 ss.), semplificati (art. 23) e rafforzati (art. 24 ss.); gli obblighi di registrazione (art. 36 ss.); gli obblighi di segnalazione (art. 35 ss.), assistiti da un serio apparato sanzionatorio (art. 55 ss.).

Le numerose regole organizzative e procedurali, in cui la disciplina antiriciclaggio si articola, si incardinano nel più generale alveo sistematico che, come si è detto, rappresenta una delle linee portanti dell'architettura di *governance* dell'impresa societaria, e cioè l'obbligo di dotarla di *assetti organizzativi adeguati* (cfr. art. 2381, commi 5° e 3°, c.c.).

Un ulteriore tassello nel reticolo dei controlli.

13. Disciplina della revisione legale (d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 modificato dal d.lgs. 17 luglio 2016 n. 135) e controlli interni: profili critici.

Il legislatore, nell'intervento legislativo di attuazione della direttiva comunitaria in materia di revisione legale dei conti, ha reso ancor più complesso il quadro sinora delineato, in particolare sotto il profilo dei rapporti tra il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno (ora anche ódi gestione dei rischiö) previsto, per le società quotate, dal Codice di Autodisciplina.

Infatti il d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, che ha dato attuazione alla Direttiva 2006/43/CE relativa alla revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati, ha dettato per gli enti c.d. ódi interesse pubblicoö, all'art. 19, una disposizione specifica in tema di controllo interno.

La disciplina è stata aggiornata dal d.lgs. 17 luglio 2016, n. 135.

La norma che regola la materia qui analizzata (art. 19, comma 2°) stabilisce che il *comitato per il controllo interno e la revisione contabile* ósi identificaö, nel modello tradizionale, con il collegio sindacale; nel modello dualistico con il consiglio di sorveglianza a meno che ad esso siano attribuite funzioni strategiche [art. 2409-terdecies, comma 1°, lett. f-bis)], nel qual caso il comitato deve essere

¹⁵ Ho trattato il tema in *Corporate governance, sistema dei controlli e procedure antiriciclaggio*, in AA.VV., *Riciclaggio e corruzione: prevenzione e controllo tra fonti interne e internazionali*, Atti del Convegno CNPDS, Fondazione Courmayeur, 28-29 settembre 2012, Milano, 2013, 79 ss.

costituito al suo interno; nel sistema monistico con il comitato per il controllo sulla gestione.

Di là dalla singolarità della formulazione legislativa ó «*il comitato ... si identifica con ...*» ó ritengo che le nuove disposizioni non abbiano introdotto un nuovo organo, ma abbiano, per contro, ampliato (o precisato) le funzioni dell'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza ó o comitato costituito al suo interno, comitato per il controllo sulla gestione).

Si deve poi osservare che diverse competenze introdotte con la riforma, ancorché apparentemente ònuoveö sono, a mio parere, ricomprese, pressoché *in toto*, nelle funzioni degli organi di controllo.

Ad esempio la vigilanza su il *processo di informativa finanziaria* è, a ben vedere, una specificazione del controllo sul rispetto della legge, delle regole di correttezza gestionale e dell'adeguatezza degli assetti organizzativi.

La vigilanza sull'*efficacia dei sistemi di controllo interno, della qualità e di gestione del rischio*, in ragione di quanto poco sopra argomentato, ben può ritenersi ricompresa ó ancorché utilmente precisata come competenza espressa ó nella vigilanza sugli assetti organizzativi, di cui controllo interno e gestione del rischio costituiscono un segmento procedurale, di complessità graduata in ragione delle caratteristiche dimensionali e operative dell'impresa.

Per quanto riguarda poi la *vigilanza sull'indipendenza del revisore*, con particolare riferimento ai *non audit services*, può dirsi, nuovamente, che si tratta del controllo su di una, sia pur specifica, disposizione di legge: la novità della disposizione consiste, quindi, nell'imporre una verifica precisamente individuata nell'oggetto, che può, allora, richiedere atti di ispezione espressamente dedicati.

La normativa è oggi aggiornata con espresso riferimento al Regolamento Europeo [cfr. art. 18; art. 19, comma 1°, lett. a); comma 2°, lett. b)].

14. *Il Codice di Autodisciplina.*

Il 5 dicembre 2011 è stato varato il nuovo Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana (poi aggiornato nel 2014 e nel 2015).

Con riferimento alla precedente versione avevo segnalato le difficoltà di individuazione di un ruolo autonomo del Comitato *Audit* rispetto al Comitato di controllo interno incarnato *ex d.lgs. 39/2010* nel collegio sindacale (o nell'organo di controllo equivalente).

Il nuovo Codice, anche sulla base di attente analisi e indicazioni propositive, apporta un significativo contributo in questa materia, fornendo una prima soluzione ai problemi di sovrapposizione e di coordinamento che il *reticolo* dei controlli imponeva, come da tempo ebbi modo di sottolineare.

Il Codice, nella sua nuova versione, precisa, anzitutto, che il sistema di controllo interno è anche sistema di *gestione dei rischi*, focalizzando così molto opportunamente e in coerenza con le indicazioni comunitarie l'oggetto primario delle procedure e delle strutture organizzative di *monitoring*.

Si prescrive altresì che il sistema sia *integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario*. La precisazione non è meramente lessicale ma

esprime per contro le necessità che il sistema di controllo non sia una procedura organizzativa *àa latere* o *àex post* bensì un elemento coordinato e omogeneo all'intero assetto organizzativo dell'impresa. Il sistema si emancipa da una concezione per così dire *àsanzionatoria* per configurarsi invece come elemento della *àconduzione* dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali e come strumento di attuazione del principio di corretta gestione, sotto il profilo della completezza informativa e procedurale che si estrinseca nella *àassunzione* di decisioni consapevoli.

Le diverse funzioni coinvolte *ó* *àl'amministratore* incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, il *comitato controllo e rischi*, il responsabile della funzione di *internal audit*, gli altri ruoli e funzioni aziendali, il collegio sindacale *ó* sono espressamente contemplate con una puntuale specificazione dei ruoli.

Si consente la composizione del comitato con amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti, ma la regola primaria, se pur derogabile, è ora nel senso che gli amministratori debbano essere *tutti* indipendenti.

Il comitato deve rendere un *àparere* sull'intero sistema e, oltre ad assolvere compiti di valutazione e di informazione, «*approva ó ecco la novità ó con cadenza almeno annuale il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di internal audit sentiti il collegio sindacale e l'amministratore incaricato del sistema del controllo interno e di gestione dei rischi*» [cfr. *Criterio applicativo 7. C.1., lett. c)*] e «*monitors l'autonomia, l'adeguatezza, l'efficacia e l'efficienza della funzione di internal audit*» [*Criterio applicativo 7, C.2., lett. d)*].

L'amministratore incaricato verifica l'evoluzione del sistema, può chiedere verifiche *ad hoc* e riferisce tempestivamente al comitato problemi e criticità.

Il Codice di Autodisciplina contiene una nuova prescrizione di significativo valore sia sistematico sia operativo disponendo che «*l'emittente prevede modalità di coordinamento tra i soggetti sopra elencati al fine di massimizzare l'efficienza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di ridurre le duplicazioni di attività*» (art. 7, *Principi*, 7.P.3.).

Si vuole così molto opportunamente indicare la strada per tentare di superare, attraverso *ó* riterrei *ó* un apposito regolamento, il problema del coordinamento tra organi e delle duplicazioni dei compiti, che, come preciserò nelle conclusioni, è, a mio parere, il nodo centrale in questa complessa materia.

In fondo la conoscenza in concreto delle realtà aziendali può condurre a superare quelle inefficienze da sovrapposizioni e quelle «*aporie da reticolo*» (di contro alle «*sinergie di sistema*») di cui il legislatore primario non si è, ad oggi, fatto carico.

15. *Assetti organizzativi e gruppi.*

La riforma del diritto societario ha elevato, come già si è osservato¹⁶, i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli

¹⁶ Vedi *supra* § 3.

amministratori, prima espressamente contemplata soltanto per le società quotate [arg. ex art. 149, lett. b) t.u.f.].

Il rispetto delle regole, anche tecniche e non solo giuridiche, di buona gestione è, dunque, oggi, norma di diritto comune.

Inoltre il paradigma degli *assetti organizzativi adeguati*, assurge a canone necessario di organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale, amministrativo e contabile, e, conseguentemente, a direttrice fisiologica dell'attività, strumento di tracciabilità dei processi, criterio di valutazione della responsabilità di amministratori, dirigenti e controllori.

Atteso il carattere ormai sistematico della disciplina del gruppo¹⁷ discende poi che l'adeguatezza degli assetti organizzativi non può essere circoscritta alla società-isola, ma deve essere considerata necessariamente nella dimensione di gruppo.

In altri termini se è vero che l'attività di direzione e coordinamento è legittima ma deve essere esercitata entro il limite della correttezza gestionale societaria e imprenditoriale (arg. ex art. 2497, comma 1°), se è vero che amministrazione, controllo, flussi informativi, rappresentazione contabile, relazione sulla *governance*, non si esauriscono nei ristretti confini della singola società ma investono direttamente e immediatamente la dimensione del gruppo, è altresì vero, allora, che anche gli assetti organizzativi trascendono il perimetro delle singole persone giuridiche ed assumono rilevanza di gruppo.

Senza poter entrare qui nei dettagli dell'articolazione operativa dei modelli, mi limito a segnalare come, a mio avviso, un utile strumento di coordinamento, possa ravvisarsi nel *regolamento di gruppo*, che, come si dirà, nell'ordinamento bancario assume centrale rilevanza.

16. *Gestione del rischio, sistema dei controlli e adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali: la normativa secondaria nei settori vigilati. Il settore assicurativo: cenni.*

Significative indicazioni emergono, in materia di controlli, anche dal settore assicurativo¹⁸.

Il Regolamento ISVAP, 20 marzo 2008, n. 20, poi modificato con Provvedimento ISVAP (ora IVASS) 8 novembre 2012 n. 3020, ha disciplinato la materia con particolare analiticità, collegando strettamente ó in materia di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di

¹⁷ In argomento sia consentito il rinvio al mio *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. Soc.*, 2007, 317 ss. e *Società per azioni* (nt. 1), 255 ss.; da ultimo per tutti G. SBISÀ (a cura di), *Direzione e coordinamento*, in *Commentario alla riforma della società*, 2ª ed., diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2014.

¹⁸ Rinvio, in argomento, al mio *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *Studi dedicati a Pietro Abbadessa. Società, banche e crisi d'impresa*, 3 v., Torino, 2014, 2167 ss.

esternalizzazione ó le regole aziendalistiche con i precetti normativi¹⁹ e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema ó di rilievo sistematico generale ó del *coordinamento tra organi di controllo* affidato ad un regolamento del consiglio di amministrazione.

La norma prevede espressamente che «l'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo»²⁰ e rinvia dunque alla autonomia privata la soluzione di uno dei problemi più delicati in materia di amministrazione e controllo, area del diritto societario su cui incombe il grave interrogativo se la pluralità di istanze di controllo stimoli sinergie virtuose o produca invece inefficienti sovrapposizioni o duplicazioni.

La materia è in corso di evoluzione. E' infatti in consultazione lo *Schema di Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di governo societario* del 19 luglio 2017²¹ che costituisce una disciplina sistemica del governo societario nelle imprese assicurative. Il progetto di Regolamento è infatti articolato nei *Principi generali* e in specifiche sezioni dedicate al *Ruolo degli organi sociali*, al *Sistema di controllo interno*, al *Sistema di gestione dei rischi*, alla *Riassicurazione ed altre tecniche di mitigazione del rischio alla gestione del capitale*, alle *Funzioni fondamentali*, ai *Sistemi di remunerazione*.

Di particolare interesse le disposizioni in tema di *Requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza*, su cui il Regolamento rinvia alle politiche di indirizzo definite dall'organo amministrativo²²; una scelta condivisibile che contrasta con la disciplina prevista invece per il settore bancario sia nelle Linee-guida BCE sia nella

¹⁹ Di particolare interesse la nozione di "Alta Direzione", che getta un ponte tra diritto societario e diritto dell'impresa; la disciplina delle funzioni di controllo ó revisione interna, *risk management* e *compliance* ó di cui si individuano analiticamente le articolazioni operative; le disposizioni in materia di gruppo assicurativo.

²⁰ La norma secondaria stabilisce infatti che «l'organo di controllo, la società di revisione, la funzione di revisione interna, di *risk management* e di *compliance*, l'organismo di vigilanza di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, l'attuario incaricato e ogni altro organo o funzione a cui è attribuita una specifica funzione di controllo collaborano tra di loro, scambiandosi ogni informazione utile per l'espletamento dei rispettivi compiti. L'organo amministrativo definisce e formalizza i collegamenti tra le varie funzioni a cui sono attribuiti compiti di controllo».

²¹ Si tratta più precisamente dello *Schema di Regolamento IVASS recante disposizioni in materia di sistema di governo societario di cui al titolo iii (esercizio dell'attività assicurativa) e in particolare al capo i (disposizioni generali), articoli 29-bis, 30, 30-bis, 30-quater, 30-quinques, 30-sexies, 30-septies, nonché di cui al titolo xv (vigilanza sul gruppo), e in particolare al capo iii (strumenti di vigilanza sul gruppo), articolo 215-bis (sistema di governo societario del gruppo), del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 - codice delle assicurazioni private - modificato dal decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 74, conseguente all'implementazione nazionale delle linee guida emanate da EIOPA sul sistema di governo societario*, consultabile sul sito dell'IVASS al link https://www.ivass.it/normativa/nazionale/secondaria-ivass/pubbl-cons/2017/02-pc/Schema_Regolamento_2_2017_pc.pdf

²² Cfr. *Schema di Regolamento IVASS*, cit., art. 25, e Allegato 1.

seppur più snella regolamentazione prevista nello *Schema di decreto ministeriale* del MEF di cui si dirà²³.

La disciplina della *governance* assicurativa è ulteriormente articolata ó nello *Schema di Regolamento* ó in analitiche disposizioni in tema di *Sistema di governo societario di gruppo* (artt. 70-94).

In effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire ó se l'equilibrio è raggiunto ó la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate²⁴.

17. Il problema: il coordinamento tra le funzioni e istanze di controllo.

La materia dei controlli societari richiede, a mio parere, una razionalizzazione normativa.

Oltre ad eliminare le sovrapposizioni di funzioni, che, pur operando, in parte, come forme di cooperazione sinergica si configurano, per plurimi profili, come vere e proprie duplicazioni, è necessario fornire una soluzione al problema centrale sia sul terreno del riassetto sistematico di una sezione complessa e articolata dell'ordinamento societario sia sul piano della concreta operatività della gestione.

E il problema centrale consiste, a mio avviso, nell'individuare regole efficaci per il *coordinamento tra organi e funzioni*, questione peraltro strettamente connessa al tema delle sovrapposizioni.

Gli operatori si chiedono, infatti, come introdurre un nesso funzionale e operativo che conduca ad omogenea se pur articolata unità i diversi segmenti che compongono l'intero meccanismo dei controlli e cioè i rapporti tra funzioni (le diverse fattispecie di controllo) e organi ad esse deputati (sindaci, revisori, amministratori indipendenti, amministratori di minoranza, *leading independent director*, comitato audit, preposto al controllo interno, responsabile dei documenti contabili, organismo di vigilanza, responsabile antiriciclaggio, ecc.). Problema che si acuisce nei settori vigilati ó banche e assicurazioni ó ove si aggiungono le norme speciali, primarie e secondarie, e le Istruzioni dell'Organo di Vigilanza.

Abbiamo visto che la normativa primaria, la disciplina regolamentare, il Codice di Autodisciplina, la prassi aziendale hanno tracciato linee direttrici e indicato soluzioni operative.

Ma il quadro regolatorio rimane, a mio parere, frammentario e meritevole di razionalizzazione anche attraverso specifici adeguamenti della disciplina codicistica e speciale vigente²⁵.

²³ Su cui vedi *infra* § 23.5.

²⁴ Mi permetto, sul punto, di rinviare al mio *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 319 ss.

²⁵ Ho formulato alcune proposte di riforma in *Il sistema dei controlli nella spa e nella srl: proposte di riforma*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, NDS, Italia Oggi, n. 12/2012, 9 ss. e in *Amministrazione e controllo* (nt. 1), 42 ss.

III. AMMINISTRAZIONE CONTROLLO NELL'ORDINAMENTO BANCARIO

18. *La corporate governance nel settore bancario. Natura della regolazione e conseguenze operative.*

La legislazione bancaria²⁶, ancorché ispirata ai peculiari profili di tutela del risparmio, è storicamente anticipatrice di ulteriori interventi legislativi in materia di emittenti quotati e di società di diritto comune. Per quanto attiene più direttamente alle regole relative alla gestione e ai controlli, si può osservare quanto segue.

La normativa primaria o il testo unico bancario, nelle disposizioni che qui rilevano, è stato aggiornato con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72 e con il d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223 o prevede l'emanazione di disposizioni di carattere generale sul governo societario da parte della Banca d'Italia [art. 53, comma 1°, lett. d), t.u.b.] e particolari poteri di intervento (art. 53-bis, T.U.B.).

In materia di *controlli*, oltre alla previsione della generale potestà regolamentare in materia di controlli interni [art. 53, 1° co., lett. d), t.u.b.], si segnala la disciplina rafforzata delle funzioni dell'organo di controllo che devono essere obbligatoriamente codificate per via statutaria (art. 52, comma 1°, t.u.b.).

Di particolare interesse infine la disciplina del *gruppo*: oltre all'art. 61, comma 4°, t.u.b., è da segnalare la previsione della potestà regolamentare della Banca d'Italia di impartire alla capogruppo disposizioni aventi ad oggetto, oltre al testo, *il governo societario*, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché di controlli interni e sistemi di remunerazione e di incentivazione o [art. 67, comma 1°, lett. d), t.u.b.].

19. *La corporate governance nell'ordinamento bancario: l'evoluzione storica.*

La disciplina regolamentare vede come primo intervento rilevante la Circolare della Banca d'Italia del 1985, oggi abrogata, in tema di collegio sindacale.

Seguono le *Istruzioni di Vigilanza per le Banche* (30 luglio 1996; 21 aprile 1999) in cui si formulano linee direttrici in materia di amministrazione, con particolare riferimento alla struttura delle deleghe e alla funzione di sovraordinazione della gestione aziendale in capo al direttore generale.

Con le *Istruzioni di Vigilanza per le Banche* del 9 ottobre 1998, si impone un dovere di coordinamento e di raccordo tra l'organo di controllo e gli ispettorati interni.

²⁶ Vedi ora, per tutti, la ormai monumentale opera di R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 5ª ed., Bologna, 2012. Per una trattazione specifica degli argomenti qui affrontati si veda A. MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eternomia*, Padova, 2012. Sul mercato mobiliare si veda ancora R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, 8ª ed., Torino, 2013; e cfr. altresì F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 6ª ed., Torino, 2012. Da ultimo si veda, anche per gli aggiornamenti, l'ottimo contributo di V. CALANDRA BUONAURO, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, (nt. 1)

Il provvedimento del 4 marzo 2008 *Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, rappresentò, poi la svolta significativa nel tentativo di fornire una regolamentazione organica e sistematica della materia.

Le disposizioni si articolano in *Principi generali e Linee applicative*, secondo le tecniche della c.d. *Better regulation* al fine di creare, nel rispetto del criterio di proporzionalità, «la chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriate bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, l'efficacia dei controlli, il presidio di tutti i rischi aziendali, l'adeguatezza dei flussi informativi».

Si impose la predisposizione del *progetto di governo societario* che deve essere caratterizzato da una valutazione complessiva di tutti gli elementi attinenti alla struttura organizzativa, ai diritti degli azionisti, alla struttura finanziaria, al raccordo tra organi e funzioni aziendali. Sussumibili in caso di gruppo nel progetto di governo societario della capogruppo.

Le disposizioni più significative in materia di *controlli* possono individuarsi nella previsione della responsabilità dell'organo di controllo di «vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni» e nella specifica previsione dell'obbligo dell'organo di vigilanza di vigilare «sull'adeguatezza del sistema di gestione e di controllo dei rischi».

Si prevedono linee applicative specifiche in relazione ai flussi informativi, al coordinamento, nel gruppo, tra organi di controllo delle controllate, agli obblighi di verifica periodica, al coordinamento con il soggetto incaricato del controllo contabile.

In attuazione delle *Guidelines on Internal Governance* dell'EBA del 27 settembre 2011 il Governatore della Banca d'Italia ha emanò il Provvedimento 11/01/2012 che completò il sistema di *Corporate Governance* delle banche italiane con linee di indirizzo per «un governo efficace unitario e coerente dei rischi»; una chiara determinazione *ex ante* dei livelli di rischio; un approccio *integrato* al punto è decisivo ai rischi, nella loro più ampia accezione (rischi di credito, di mercato, operativi, reputazionali, di liquidità, *funding* etc.); un adeguato contributo e coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti (in primis, *compliance*, *risk management*, pianificazione strategica), anche attraverso la partecipazione ai lavori del *board* oppure, ove costituiti, dei comitati interni ad esso.

Il secondo pilastro del provvedimento riguarda le disposizioni sulle professionalità e la composizione quali-quantitativa degli organi e sulle regole per una migliore funzionalità in termini di procedure, metodi di lavoro, flussi informativi, tempistiche delle riunioni.

20. *Le Disposizioni di vigilanza per le banche (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e s.m.). Le Disposizioni su Il Governo societario: profili generali.*

Si giunge così alle *Disposizioni di vigilanza per le banche* emanate da Bankitalia (Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013; 19° aggiornamento, 2 novembre 2016) che si pongono ora come risposta analitica ma organica e sistematica ai problemi in materia di gestione e controllo dell'impresa.

Norme in tema di composizione, requisiti, autovalutazione e operatività degli amministratori, ruolo essenziale del sistema di controllo nella *governance*, differente tipologia dei controlli, funzionalità dei controlli alla correttezza di gestione, priorità del coordinamento dei controlli, centralità della gestione del rischio sono concetti e principi espressi esplicitamente e tradotti in previsioni regolamentari.

Le *Disposizioni di vigilanza* sul governo societario (Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Circolare n. 285, 17 dicembre 2013 e s.m., Titolo IV, *Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi*) si articolano in *Principi generali* e *Linee applicative*.

I *Principi generali* consistono nella distinzione dei ruoli e delle responsabilità, l'appropriato bilanciamento dei poteri, l'equilibrata composizione degli organi, efficacia dei controlli, presidio di tutti i rischi aziendali e adeguatezza dei flussi informativi.

L'esperienza dimostra come, quotidianamente, l'operatività della banca pone questioni di *compliance* ai principi ora ricordati, nella concreta declinazione della anche minuta gestione corrente dell'impresa bancaria.

Le disposizioni sono articolate o correttamente o per funzioni anziché per organi: supervisione strategica, gestione, controllo diversamente ripartite anche in ragione dei diversi livelli di *governance*, potendosi anche radicare più funzioni nello stesso organo o condividersi la medesima funzione tra più organi.

Le *Linee applicative* sono mirate ad «agevolare l'attuazione delle norme generali, calibrate sulle caratteristiche organizzative e operative delle diverse tipologie di banche».

Una sezione specifica (Titolo IV, Cap. 3) è dedicata al *Sistema dei controlli interni*.

21. *Sistemi di amministrazione e controllo e progetto di governo societario.*

Il legislatore secondario attribuisce, correttamente, un ruolo significativo alla programmazione gestionale.

In questa prospettiva si prevede la formalizzazione degli indirizzi nel *progetto di governo societario* «*illustrativo degli assetti statutari e di organizzazione interna, approvato dall'organo con funzione di supervisione strategica, con il parere favorevole dell'organo di controllo*» (cfr. Titolo IV, Cap. 1, Sez. II, § 1); nel caso di gruppo bancario esso è redatto dalla capogruppo.

Esso deve (a) illustrare le ragioni del modello prescelto; (b) descrivere le specifiche scelte attinenti alla struttura organizzativa; (c) formare, nel caso della capogruppo, rappresentazione e motivazione delle modalità di raccordo tra organi e funzioni aziendali, con specifica attenzione al sistema di governo dei controlli e (d) essere inviato alla Banca d'Italia.

22. *Organi con funzione di supervisione strategica.*

La materia dei compiti e poteri degli organi sociali è disciplinata in modo particolarmente analitico (cfr. Titolo IV, Cap. 1, Sez. III, § 2).

Fissato il principio di bilanciamento dei poteri si distingue tra *funzione di supervisione strategica*, che consiste nel deliberare gli indirizzi di carattere strategico e verificarne l'attuazione, e *funzione di gestione* che consiste nell'attuazione degli indirizzi strategici e nella gestione aziendale.

Si definisce in dettaglio l'assetto complessivo di governo e di organizzazione della banca (assetti, sistemi contabili, reporting, informazione, confronto dialettico con l'organo di gestione), compito che spetta all'organo di supervisione strategica.

Competenza congiunta dei due organi è il sistema di controllo interno.

Per quanto riguarda le deleghe, all'interno dell'organo di gestione, si impone la descrizione analitica del contenuto (e vedi art. 2381 c.c.) e si impongono alcuni limiti alla delegabilità (nomina e revoca del direttore generale; assunzione e cessione di partecipazioni strategiche; regolamenti interni; costituzione di comitati; nomina e revoca dei responsabili delle funzioni *audit*, *compliance* e *risk management*).

In materia di *amministrazione delegata* si limita la compresenza di un comitato esecutivo e di uno o più amministratori delegati alle banche di maggiori dimensioni e si ammette solo in casi eccezionali la presenza di più direttori generali. Nelle banche minori si impone di evitare la nomina di un amministratore delegato e di un direttore generale.

Nelle banche che adottano il modello dualistico (Titolo IV, Cap. 1, Sez. III, § 3, 3.2.) si vuole evitare ingerenze del Consiglio di sorveglianza nella gestione, imponendo di stabilire in *statuto*: (i) l'individuazione delle materie di competenza del Consiglio di sorveglianza; (ii) limitarne le competenze alle sole operazioni effettivamente strategiche; (iii) qualificare natura e contenuti del potere decisionale del medesimo organo; (iv) individuare le operazioni strategiche fondamentali; (v) attribuire il compito di designare i consiglieri esecutivi delle controllate al Consiglio di gestione della capogruppo.

23. *Composizione e nomina degli organi sociali. Funzionamento degli organi e flussi informativi. I requisiti di professionalità e di onorabilità: le Linee Guida BCE del maggio 2017. Il Documento MEF 2 agosto 2017.*

23.1. Sulla composizione e nomina degli organi sociali (Titolo IV, Cap. 1, Sez. IV) il legislatore secondario insiste, a mio parere con ragione, sulla necessità di: *professionalità adeguate, competenze diffuse; tempo e risorse adeguate; adeguata conoscenza del business bancario*, anche nei consiglieri non esecutivi.

Si suggerisce un numero non pletorico di componenti, la diversificazione quali-quantitativa, identificata *ex-ante*, l'adozione di piani di formazione, la previsione statutaria (e non parasociale) della composizione degli organi, nomina, revoca dei relativi componenti.

Si stabiliscono i compiti dei componenti *esecutivi*, non *esecutivi* e *indipendenti*.

Si regolano, per requisiti, struttura e compiti, il *comitato nomine*, il *comitato rischi*, il *comitato remunerazioni* (*ibidem*, § 2, 2.3.).

In particolare al *Comitato rischi* (*ibidem*, § 2, 2.3.3.) si assegnano funzioni specifiche di proposta dei responsabili delle funzioni di controllo, di disamina dei

programmi di attività (compreso il piano *audit*), l'emissione di pareri sull'esternalizzazione delle funzioni di controllo; la verifica del funzionamento dei controlli, la valutazione del corretto utilizzo dei principi contabili, la partecipazione alla definizione del *Risk appetite* e del *Risk tolerance*.

Le disposizioni si concludono con la disciplina dei *flussi informativi* (ivi, Sez. V), che devono essere oggetto di appositi *regolamenti* e del *ruolo e delle funzioni del Presidente*, «funzione cruciale per garantire il buon funzionamento del consiglio, favorire la dialettica interna e assicurare il bilanciamento dei poteri» (ivi, § 2, 2.1.).

23.2. In tema di requisiti di professionalità e onorabilità particolare attenzione è per la pervasività delle regole e i numerosi profili di criticità che deve essere dedicata alla «*Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità*» emanata dalla BCE nel maggio 2017.

Il provvedimento trova la sua fonte nell'art. 4, par. 1, lett. e) del Regolamento (UE) n. 1024/2013 sul Meccanismo di vigilanza unico (MVU) e si articola in sei principi fondamentali: *Responsabilità primaria degli enti creditizi, Controllo sull'accesso agli organi di amministrazione, Armonizzazione, Proporzionalità e valutazione caso per caso, Principi in materia di garanzie procedurali e correttezza, Interazioni con l'ordinaria attività di vigilanza*.

Si indicano analiticamente (4.1.) «come requisito minimo» le «conoscenze tecniche di base nel settore bancario»: considerate le materie e ad esempio contabilità e revisione o interpretazione dei dati finanziari di un ente creditizio o il margine di discrezionalità nella valutazione pare particolarmente ampio.

Anche la valutazione delle *Disponibilità del tempo* è affidata a criteri qualitativi e quantitativi dettagliatamente elencati.

Ma il punto più critico riguarda i *requisiti di onorabilità*.

23.3. Se può condividersi l'idea che «non è possibile applicare il principio di proporzionalità», prevedere che i requisiti sussistano «in assenza di elementi che suggeriscono il contrario e in assenza di dubbi fondati sull'onorabilità del soggetto stesso» o come testualmente si prevede o significa attribuire a BCE uno spazio di discrezionalità del tutto indeterminato.

Più precisi gli elementi di valutazione relativi ai conflitti di interesse, che, in realtà, si configurano come cause di ineleggibilità e decadenza analoghe a quelle previste, nell'ordinamento societario, per i sindaci (cfr. art. 2399 cod. civ.).

Ma la questione più criticabile riguarda «i procedimenti penali e amministrativi, in corso e conclusi».

In primo luogo è senza operare distinzione alcuna o si afferma che «i procedimenti conclusi avranno un impatto sull'onorabilità qualora la sentenza sia sfavorevole all'esponevole nominato»: ciò pare significare che anche una sentenza penale per un reato minore e del tutto estraneo all'attività bancaria faccia venire

meno i requisiti di onorabilità. Parrebbe altresì che anche una mera sanzione amministrativa, anche di minimo rilievo ó come sono numerose sanzioni amministrative previste dal t.u.b. o dal t.u.f. che possono anche avere importi assai ridotti (cfr. art. 144-ter t.u.b.: importo minimo p 5.000; art. 189 t.u.f.: *idem*) ó possa causare la perdita dei requisiti.

Ma vi è di più.

23.4. Le Lineeóguida BCE prevedono espressamente che «sebbene l'ªautorità competente accetterà la sentenza emanata dall'ªautorità giudiziaria nei procedimenti conclusi, le circostanze alla base del procedimento potranno essere considerate al fine di determinare se vi siano conseguenze per l'onorabilità, pur in presenza di pronuncia favorevole da parte dell'ªautorità giudiziaria (ad esempio nei casi in cui la decisione della corte sia basata su motivi di carattere procedurale piuttosto che su fatti o elementi che possano essere rilevanti per la valutazione dell'onorabilità dell'esponente)» (p.14).

Orbene: questa previsione contrasta con ogni elementare principio di presunzione di innocenza; in sede penale sino alla condanna definitiva (cfr., ad es., art. 27, comma 2, Cost.): *a fortiori* l'ªincolpato non può essere considerato ócolpevoleó in assenza di condanna.

La regola è ancor più criticabile con riferimento alle sanzioni amministrative: sicuramente una disposizione da modificare.

23.5. Più equilibrata pare invece la soluzione prevista dallo *Schema di decreto ministeriale recante il regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'ªincarico degli esponenti aziendali delle banche degli intermediari finanziari e simili*, posto in consultazione il 2 agosto 2017²⁷ in cui in materia di requisiti di onorabilità e criteri di correttezza si individuano, rispettivamente, in tema di onorabilità, *situazioni sanzionatorie gravi* (art. 3) e in tema di correttezza parametri di valutazione della rilevanza degli elementi presi in considerazione ispirati ad un *principio di proporzionalità* (artt. 4 e 5).

Lo Schema ha il pregio, rispetto alle *Linee guida della BCE* in materia, che attribuiscono poteri discrezionali sostanzialmente indefiniti, di individuare fattispecie più circoscritte e correlate a principi di proporzionalità [cfr. art. 5 comma 2; in particolare lett. e)].

²⁷ Si tratta dello *Schema di decreto ministeriale recante il regolamento in materia di requisiti e criteri di idoneità allo svolgimento dell'ªincarico degli esponenti aziendali delle banche, degli intermediari finanziari, dei confidi, degli istituti di moneta elettronica, degli istituti di pagamento e dei sistemi di garanzia dei depositi, ai sensi degli articoli, 26, 110, comma 1-bis, 112, comma 2, 114-quinquies.3, comma 1-bis, 114-undecies, comma 1-bis, 96-bis.3, comma 3, del decreto legislativo 1º settembre 1993, n. 385 consultabile sul sito del MEF al link http://www.dt.tesoro.it/export/sites/sitodt/modules/documenti_it/regolamentazione_bancaria_finanziaria/consultazioni_pubbliche/FITxPROPER_-_schema_regolamento_per_consultazione_pubblica.pdf*

Tuttavia in tema di *Requisiti di onorabilità degli esponenti* (Sez. II) si potrebbe ancora riflettere se, per i reati di cui all'art. 3 comma 1 lett. b), (1), cioè i reati ivi indicati genericamente per materia - societaria e fallimentare, bancaria ecc. - , senza alcuna specificazione della durata della pena, diversamente, ad esempio, da quanto previsto nella medesima norma ai punti (2) e (3) non sia anche qui preferibile indicare una durata temporale.

Ancora diversa è la materia dei *Criteri di correttezza degli esponenti* (Sez. II). In materia affidare all'organo competente la valutazione se sia «preservata la sana e prudente gestione della banca e, in particolare, la reputazione e la salvaguardia della fiducia al pubblico» (art. 5, comma 1) pare davvero introdurre un eccesso di discrezionalità. Infatti è vero che sono previsti parametri di valutazione (art. 5, comma 2) ma non si comprende perché i parametri debbano essere posti a base della valutazione solo «ove pertinenti», perché la generica delibazione di «pertinenza» aumenta sensibilmente gli spazi di discrezionalità e quindi di incertezza. Inoltre le indicazioni relative ai criteri di correttezza sono affidate alla valutazione discrezionale dell'organo (si veda, ad esempio, l'art. 4, comma 2: «sono presi in considerazione i »), valutazione discrezionale con margini molto ampi in particolare in relazione ad alcuni elementi: si veda, ad esempio, condanne penali senza limiti temporali [art. 4 comma 2 lett. a), lett. b)]; soprattutto sanzioni amministrative [*ibidem* lett. c)] che potrebbero essere anche minime e, ancora, indagini e procedimenti penali in corso.

Anche per i *Requisiti di professionalità e criteri di competenza* (Sez. III) vi sono elementi di incerta individuazione: ad esempio «adeguati livelli di complessità» [art. 7 comma 2 lett. a)] o «dimensione e complessità comparabile con quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto» [art. 7 comma 2 lett. c) e comma 4].

I *Criteri di adeguata composizione collettiva degli organi* (Sez. III) paiono eccessivamente restrittivi (art. 11, comma 2) in relazione alla sanzione che per «difetti nella composizione collettiva dell'organo», seppure in base a indici di rilevanza, prevede la decadenza dell'esponente nominato dopo che il difetto è stato rilevato (art. 12, comma 3).

In tema di *Requisiti di indipendenza* (Sez. IV) alcune incompatibilità [cfr. ad es. art. 13 lett. j)] possono apparire eccessive.

Quanto alla *Disponibilità di tempo* (Sez. V) non è chiaro come la banca possa stimare, come richiesto (art. 16, comma 2) il «tempo necessario per l'efficace svolgimento dell'incarico», funzionale alla dichiarazione per iscritto dell'esponente (*ibidem* comma 4) o alla valutazione dell'organo competente (*ibidem* comma 3) se non in termini indicativi; ma il tema, alla luce dell'esperienza pratica, ha certamente un rilievo significativo.

Quanto alla *Valutazione dell'idoneità* (Sez. VIII) non è chiaro chi renda il «parere del comitato nomine» (art. 22, comma 6) in relazione agli esponenti facenti parti del comitato nomine.

In conclusione pare davvero auspicabile che la materia, in sede di approvazione finale del decreto, sia ancora esplorata e discussa nella prospettiva di una più certa individuazione dei requisiti richiesti.

24. *Una distinzione da non dimenticare: amministratori esecutivi e amministratori non esecutivi.*

Le nuove disposizioni in materia di *governance* bancaria contenute nella circolare 285 e in particolare nelle disposizioni su *Il Governo societario* (Titolo IV) hanno il pregio dell'analisi, della forte attenzione alle tecniche aziendalistiche, della ricerca di regole di *corporate governance* efficienti, efficaci e coordinate. Un *caveat* non può mancare: come ogni normativa per principi e linee applicative anche le disposizioni di vigilanza devono applicarsi con flessibilità, attenzione elettiva alla correttezza sostanziale e non formale, elasticità in ragione della tipologia concreta delle imprese bancarie.

L'accesso di rigidità rischia di indurre una deriva verso una *policy* formalistica di *corporate governance* che può rivelarsi perniciosa.

Conclusivamente deve ribadirsi un principio cardine del diritto societario che alcune sentenze della Cassazione (Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737; Cass. 9 novembre 2015, n. 22848 e ora, analogamente, ma con riferimento ai sindaci Cass., 28 agosto 2017, n. 20437)²⁸ sembrano avere posto in discussione, proprio con riferimento alle sanzioni Bankitalia, e cioè il principio della netta distinzione di poteri e quindi di responsabilità, tra amministratori senza deleghe e amministratori esecutivi.

La Cassazione sembra appiattare le responsabilità dei non esecutivi su quelle dei delegati in ragione della funzione strategica.

Il *dictum* non è fondato: l'art. 2381 ha oggi chiarito inequivocabilmente che il consigliere senza deleghe non ha poteri ispettivi (cfr. art. 2381, comma 6°), che può

²⁸ Sul punto v. Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in questa *Rivista*, 2017, 3, 546 ss. con nota di RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non esecutivi di banca: una questione di «sistema»?;* Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Foro it.*, 2013, I, 2577 ss.; ma anche in NDS, *Il nuovo diritto delle società*, 2013, 77 ss. con nota di MOLLO, *Responsabilità degli amministratori deleganti di società bancaria per violazione del dovere di agire informato;* nonché in questa *Rivista*, 2015, 27 ss., con nota di MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato;* e in *Riv. dir. comm.*, 2014, 139 ss., con nota di CICCHINELLI, *Il dovere di agire informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione.* Sempre in argomento si vedano, poi, App. Roma, 25 gennaio 2007 e App. Roma, 12 giugno 2006, in *RDS*, 2008, 327 ss., con nota di BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri.* Nonché le recenti Cass., 24 febbraio 2016, n. 3656 e Cass., 5 agosto 2016, n. 16587, che nel complesso parrebbero capaci di disegnare un sistema in astratto capace, laddove portato agli estremi, di ricollegare il disposto dell'art. 2392 cod. civ. *tout court* (e cioè quasi oggettivamente) alla qualifica di amministratore, rimettendo alla distinzione tra delegati e deleganti, al massimo, la determinazione della diversa misura della sanzione irrogata. In materia si veda ora MONTALENTI- RIGANTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, *Rassegna*, in *Giur. comm.*, I, 2017, in corso di pubblicazione.

soltanto in consiglio chiedere informazioni, che valuta la gestione soltanto sulla base delle informazioni ricevute²⁹.

Egli deve agire informato e non può certo adagiarsi in recezione passiva, ma non ha e non può avere il rapporto diretto con l'operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità.

25. *Conflitto di interessi e dovere di astensione (art. 53, co. 4, t.u.b.).*

Il legislatore, in attuazione della normativa europea, ha inteso presidiare, con maggiore intensità, il conflitto di interessi.

La riforma del diritto societario aveva sostituito, a mio avviso opportunamente, un regime formalistico (di mera astensione) con una disciplina ispirata alla *disclosure*, alla trasparenza, all'obbligo di motivazione. Il legislatore bancario (con il d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72) (re)introduce l'obbligo di astensione (cfr. art. 53, comma 4, t.u.b.).

Rimane aperta la questione discussa nel vigore dell'art. 2391, cod. civ. (abr.), se sia consentita o non la partecipazione alla discussione.

Il punto più delicato consiste, a mio parere, nel riferimento a «*i soci*». Se il divieto grava sugli amministratori in quanto tali, il riferimento ai soci è pleonastico.

Ci si potrebbe allora domandare se la norma debba intendersi riferita anche ai soci nelle deliberazioni assembleari, con estensione dunque del dovere di astensione in quella sede.

La tesi non può trovare accoglimento sia perché la norma fa riferimento espresso soltanto all'art. 2391 cod. civ. sia perché è assoggettata ad una sanzione amministrativa pecuniaria da p 50.000 a p 150.000 e, quindi, è soggetta a stretta interpretazione.

Un problema interpretativo non sollevato dai commentatori³⁰ ma che era più opportuno evitare.

26. *Organi con funzioni di controllo.*

La funzione di controllo, sulla base delle disposizioni del Testo Unico Bancario [cfr. art. 53, comma 1, specie lett. d) e comma 2-*bis*], è oggetto di analitica disciplina regolamentare, ricca di innovative disposizioni che possono rappresentare uno stimolo anche per l'intervento del legislatore nell'ordinamento societario generale (cfr. Titolo IV, Cap. 3).

Centrale rilievo è assegnato all'insieme delle procedure di verifica, analiticamente indicate, alla intensità e modalità delle verifiche, alla adeguatezza dei flussi informativi periodici, alla dimensione di gruppo, alla cooperazione endoconsiliare e interorganica.

²⁹ In questo senso Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *Giur. it.*, 2017, con nota di CAGNASSO e RIGANTI.

³⁰ Sul tema in generale si veda, in ogni caso, il chiaro scritto di A. SACCO GINEVRI, *Il dovere di astensione degli amministratori di banche in conflitto di interessi nel nuovo art. 53, comma 4, t.u.b.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2017, p. 549 ss.

Le disposizioni più significative riguardano due profili centrali, a mio parere, in un programma di buona *corporate governance*:

- (i) il coordinamento delle funzioni di controllo;
- (ii) il coordinamento tra funzioni di controllo e organo di gestione.

Sotto il primo profilo si stabilisce di regolare un *flusso informativo* convergente di tutte le funzioni di controllo verso l'organo con funzioni di controllo.

Sotto il secondo profilo si prescrive che l'organo con funzioni di controllo «segnala agli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione le carenze e irregolarità riscontrate, richiede l'adozione di idonee misure correttive e ne verifica nel tempo l'efficacia».

Si tratta di una disposizione cruciale e innovativa rispetto alla normativa primaria perché:

- (i) concretizza la finalizzazione del controllo alla gestione;
- (ii) stabilisce un ruolo attivo dell'organo di controllo per la correzione di debolezze, anomalie, criticità, violazioni normative;
- (iii) istituisce il canale formale di comunicazione con l'organo di gestione perché trasformi l'oggetto delle verifiche in decisioni correttive.

Un ponte sistematico che manca nel diritto comune e che, come dirò in chiusura, anche il legislatore ordinario dovrebbe introdurre nel diritto azionario.

27. *Il sistema dei controlli interni. Il fulcro della disciplina regolamentare: il coordinamento delle funzioni di controllo.*

La materia dei controlli interni è dunque regolata, come si è detto, da una specifica sezione delle *Disposizioni di vigilanza per le banche* (Titolo IV, Cap. 3).

Sottolineo ancora, per l'importanza del tema, che, assai opportunamente, la disciplina regolamentare affronta, con suggestioni utili anche al di là del campo specifico dell'ordinamento bancario, lo snodo cruciale nell'intera materia e cioè il problema del coordinamento delle funzioni di controllo, interne ed esterne.

Si prevede infatti che «per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, l'organo con funzione di supervisione strategica approva un documento nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni aziendali e societarie di controllo, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione» (Titolo IV, Cap. 3, Sez. II, IV, 3.14).

Le *Disposizioni di Vigilanza* rappresentano un riuscito tentativo di disciplinare la materia con pervasività, analiticità, completezza e organicità; con indicazioni puntuali per il diritto comune.

28. *Le definizioni: organi, funzioni, procedure. Il risk appetite framework.*

La prima indicazione sistematica si ravvisa nella ipostatizzazione delle *Definizioni* (Titolo IV, Cap. 3, Sez. I, § 3) rilevanti sia sotto il profilo strutturale sia sotto il profilo funzionale. Troviamo così la definizione, per i profili qui esaminati,

dell' *organo con funzione di controllo*, il concetto di *funzione aziendale*, che, si precisa deve essere *incardinata* presso una specifica unità organizzativa, la nozione di *funzioni di controllo* in generale e, in particolare, di *funzioni aziendali di controllo* ripartite nella funzione di *compliance*, di controllo rischi (*risk management function*), di revisione interna (*internal audit*), del *processo di gestione dei rischi*.

Particolare rilevanza *ó* in un quadro sistematico generale in cui la gestione del rischio diviene il *pivot* della gestione dell'impresa societaria indissolubilmente legata dunque ai sistemi di controllo *ó* assume il concetto di *risk appetite framework* *ó* *RAF* (sistema degli obiettivi di rischio) (cfr., *ivi*, Allegato C) con cui si intende «il quadro di riferimento che definisce *ó* in coerenza con il massimo rischio assumibile, il *business model* e il piano strategico *ó* la propensione al rischio, le soglie di tolleranza, i limiti di rischio, le politiche di governo dei rischi, i processi di riferimento necessari per definirli e attuarli» [*ibidem*, lett. k)].

Il concetto ha un elevato grado di tecnicismo in quanto *è* articolato nelle sue diverse componenti, *risk capacity*, *risk appetite*, *risk tolerance*, *risk profile*, *risk limits*, ed *è* oggetto di prescrizioni analitiche per la definizione del quadro di riferimento ai fini della determinazione della propensione a rischio e la definizione del massimo rischio assumibile, con indicazioni specifiche per la declinazione degli obiettivi di rischio, delle soglie di tolleranza, dei limiti di rischio, in termini di misure espressive del capitale economico, dell'adeguatezza patrimoniale e della liquidità (cfr. *ibidem*, ALLEGATO C).

29. *I principi generali. La gestione del rischio: key-issues, tecniche, processi.*

Nel fissare i *Principi generali* (Titolo IV, Cap. 3, Sez. I, § 6) il regolatore ha attribuito nuovamente ruolo centrale alla propensione al rischio e al processo di gestione del rischio medesimo, nonché alla individuazione puntuale delle procedure di controllo, articolate in *controlli di linea* (c.d. *controlli di primo livello*), *controllo sui rischi* e *controlli sulla conformità* (c.d. *controlli di secondo livello*), revisione interna (c.d. *controlli di terzo livello*).

Nella definizione e individuazione delle funzioni dell'organo con funzione di controllo si prevede *ó* il punto *è* significativo e, a mio parere, condivisibile *ó* che *di norma* esso svolge la funzione dell'organismo di vigilanza 231.

Particolarmente importante *è* a mio avviso l'attenzione dedicata al coordinamento delle funzioni di controllo (Titolo IV, Cap. 3, § 5) sulla base del condivisibile assunto secondo cui «*il corretto funzionamento del sistema dei controlli interni si basa sulla proficua interazione nell'esercizio dei compiti (d'indirizzo, di attuazione, di verifica, di valutazione) fra gli organi aziendali, gli eventuali comitati costituiti all'interno di questi ultimi, i soggetti incaricati della revisione legale dei conti, le funzioni di controllo*».

Ho già poco sopra ricordato come il problema del coordinamento tra organi e funzioni di controllo costituisca un tassello cruciale per la predisposizione di un sistema efficace di *governance*: molti esempi anche recenti ci dimostrano come

frequentemente debolezze, irregolarità, violazioni di norme primarie e secondarie ed anche illeciti penalmente rilevanti più che non essere intercettati dalle procedure di controllo vengono segnalati tardivamente agli organi deputati alla rimozione delle criticità e alla predisposizione di adeguati rimedi che garantiscano una più efficace prevenzione, proprio per un difetto di raccordo procedurale tra istanze diverse anche se qualche contiguità e anche sovrapposizione sono in qualche misura inevitabili.

30. *Il documento sui sistemi di controllo.*

Segnalo, con forte approvazione, che in sintonia con il Codice di Autodisciplina si prevede espressamente l'approvazione di un documento in cui devono essere definiti compiti responsabilità e, soprattutto, modalità di raccordo. Più precisamente le Disposizioni di vigilanza stabiliscono, come si è poco sopra ricordato che «l'organo con funzione di supervisione strategica approva un documento, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, i flussi informativi ... e ... le modalità di coordinamento e di collaborazione» (Titolo IV, Cap. 3, Sez. II, § 5). Si tratta a mio parere di un vero regolamento di gruppo che assume, nella governance, un ruolo centrale.

31. *I compiti delle funzioni aziendali di controllo.*

Le Disposizioni di Banca d'Italia dedicano ampia regolamentazione alle *Funzioni aziendali di controllo* (Titolo IV, Cap. 3, Sez. III).

Si stabiliscono i criteri per assicurare l'indipendenza delle funzioni, requisiti e collocazione nell'organigramma dei responsabili, poteri di nomina e di revoca, separazione tra controllori e controllati, criteri di remunerazione.

I compiti delle diverse funzioni sono analiticamente e meticolosamente indicati. Troppo minuta sarebbe l'elencazione dei principali adempimenti espressamente attribuiti alla funzione di *compliance* alla *risk management function* e alla funzione *audit*.

Mi limito a segnalare a chi ha esperienza diretta della prassi bancaria quanto sia importante l'espressa previsione della attività di *follow up*, e cioè la rimozione delle anomalie riscontrate nell'operatività e nel funzionamento dei controlli, nonché l'attenzione alle interrelazioni tra le diverse funzioni in termini di conoscenza reciproca di compiti e attività, garantita da una adeguata articolazione dei flussi informativi.

32. *Principio di proporzionalità e esternalizzazione delle funzioni aziendali (outsourcing).*

Opportunamente si consente, in relazione della dimensione dell'impresa bancaria, sia la possibilità di concentrare alcune funzioni nelle aziende bancarie minori, secondo il principio di proporzionalità, e la *Esternalizzazione di funzioni aziendali* (outsourcing) al di fuori del gruppo bancario (Titolo IV, Cap. 3, Sez. IV), oggetto anch'essa di analitica regolamentazione.

Da un lato, coerentemente con il principio di proporzionalità, si consente una flessibilità operativa che può configurarsi anche come opzione di migliore efficienza e di professionalizzazione delle funzioni.

Dall'altro lato si impone un dovere di controllo preventivo e *in action*, precisando che deve essere stabilito, nelle linee di *policy aziendale*, il contenuto minimo di contratti di *outsourcing* e i livelli di servizio attesi, le modalità di controllo, i flussi informativi, i piani di continuità operativa.

Opportunamente si puntualizza che l'esternalizzazione e responsabilità delle funzioni degli organi aziendali non è consentita.

33. *Il sistema dei controlli nei gruppi bancari. Il regolamento di gruppo.*

Conclude la complessa regolamentazione la Sezione V del Titolo IV dedicata a RAF, sistema dei controlli interni e esternalizzazione nei *gruppi bancari*: tassello di una disciplina organica ó che riposa sul pilastro fondante dell'art. 61, comma 4 T.U.B. «*la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo*» sulla cui essenzialità non è necessario spendere particolari parole.

Si precisa ó utilmente ó il contenuto dell'attività di direzione e coordinamento articolata nel *controllo strategico*, nel *controllo gestionale* e nel *controllo tecnico-operativo*.

Particolare attenzione è dedicata alle procedure formalizzate di coordinamento e collegamento tra le società del gruppo nonché alle regole relative alla esternalizzazione di funzioni aziendali nell'interno del gruppo bancario.

Ho più volte sottolineato³¹ che, a mio parere, il rapporto di direzione unitaria nel gruppo è un rapporto contrattuale che disegna un sistema non già di mero potere³² o di mero fatto bensì di poteri e doveri e precisamente di diritto della controllante (e dei suoi organi direttivi) di imporre le direttive di gruppo, purché, ovviamente, legittime (nei limiti cioè del principio di corretta gestione societaria e imprenditoriale precisato dal criterio dei vantaggi compensativi) e nel dovere quindi della controllata (e dei suoi organi) di dare ad esse attuazione.

In questo quadro normativo il *regolamento di gruppo* si pone come strumento elettivo per disegnare con chiarezza aree di competenza e di autonomia, modalità di funzionamento, tecniche di attuazione.

Le disposizioni di vigilanza dettagliano le caratteristiche del *sistema dei controlli interni*, imponendo, procedure formalizzate di coordinamento e

³¹ Cfr. da ultimo, P. MONTALENTI, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 111 ss. e in AA.VV., *La riforma del diritto societario nella giurisprudenza delle imprese*, a cura di M. Cera, P. Flavio Mondini e G. Presti, Convegno di studio Associazione Disiano Preite - Osservatorio del Diritto Societario, Milano, 26/11/2015, (*Quad. giur. comm.* n° 404), Milano, 2017.

³² Così invece C. ANGELICI, *Noterelle (quasi) metodologiche in materia di gruppi di società*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2013, 377 ss.

collegamento tra società del gruppo e capogruppo, approvazione di «un apposito documento di coordinamento di controlli nell'ambito del gruppo», una relazione analitica delle funzioni di controllo della capogruppo agli organi aziendali, procedure per una gestione unitaria del rischio, sistemi di monitoraggio, dei flussi finanziari, delle relazioni di credito, adeguati flussi informativi periodici.

Si regola ó analogamente a quanto già illustrato ó l'esternalizzazione di funzioni aziendali all'interno del gruppo bancario.

34. *Poteri di intervento e sanzioni: cenni.*

Il d.lgs. 72/2015 ha introdotto disposizioni rigorose in tema di poteri intervento della Banca d'Italia.

Mi limito a ricordarle:

«1. La Banca d'Italia può:

a) *convocare* gli amministratori, i sindaci e il personale delle banche;
b) ordinare la *convocazione degli organi collegiali* delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni;

c) *procedere direttamente alla convocazione* degli organi collegiali delle banche quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b);

d) adottare per le materie indicate nell'articolo 53, comma 1, ove la situazione lo richieda, *provvedimenti specifici* nei confronti di una o piu' banche o dell'intero sistema bancario riguardanti anche: la restrizione delle attivita' o della struttura territoriale; il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio, nonche', con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi; la fissazione di limiti all'importo totale della parte variabile delle remunerazioni nella banca, quando sia necessario per il mantenimento di una solida base patrimoniale; per le banche che beneficiano di eccezionali interventi di sostegno pubblico, possono inoltre essere fissati limiti alla remunerazione complessiva degli esponenti aziendali;

e) disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la *rimozione di uno o piu' esponenti aziendali*; la rimozione non e' disposta ove ricorrano gli estremi per pronunciare la decadenza ai sensi dell'articolo 26, salvo che sussista urgenza di provvedere.

2. La Banca d'Italia puo' altresì convocare gli amministratori, i sindaci e il personale dei soggetti ai quali siano state esternalizzate funzioni aziendali essenziali o importanti» (così art. 53-bis T.U.B.).

Un'unica sintetica osservazione: la banca è ancora una società di diritto privato o è oggi ridisegnata in schemi pubblicistici di lontana memoria?

Credo che una riflessione in argomento sia doverosa.

Il legislatore ha altresì innovato il *sistema sanzionatorio*.

Mi limito qui a ricordare l'art. 144-septies (introdotto con il d.lgs. 14 novembre 2016, n. 223) che disciplina le sanzioni che la Banca d'Italia può applicare «esclusivamente su richiesta della BCE»: un segno forte del complesso processo di integrazione.

35. *Valutazioni conclusive. Proposte di riforma alle norme di diritto comune.*

35.1. Ritengo che la nuova disciplina di settore in tema di *corporate governance* ó di là dunque dai gravi problemi di coordinamento in materia di vigilanza, nel difficile rapporto tra BCE, EBA e NCAs ó per organicità e analiticità della regolamentazione meriti una valutazione positiva, oltre che per le ragioni già segnalate in quanto fornisce alle banche *standard* di riferimento più puntuali per la predisposizione del proprio assetto organizzativo e delle procedure interne che, in assenza di modelli di riferimento individuati, rendevano a volte non agevole alle banche la valutazione di conformità ai paradigmi di legge e regolamentare e, conseguentemente, la maggiore prevedibilità dei risultati dell'attività di vigilanza.

Credo tuttavia che la materia meriti, come ho già accennato, un intervento razionalizzatore del legislatore primario e a questo scopo mi permetto qui di richiamare alcune proposte che ho già avuto modo in altra sede di formulare³³.

Le proposte di modificazione legislativa della disciplina della *società per azioni* che mi sento di suggerire sono le seguenti:

- (i) attribuire espressamente all'organo di controllo ó collegio sindacale, comitato di controllo all'interno del consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione o nelle società quotate, se previsto dallo Statuto, comitato controllo e rischi ó la *funzione di coordinamento* di tutte le istanze di controllo interno alla società;
- (ii) prevedere che le procedure e le modalità di coordinamento tra organi e funzioni di controllo siano disciplinate da un apposito *regolamento adottato dal consiglio di amministrazione*;
- (iii) prevedere l'obbligo periodico ó ad esempio trimestrale ó di relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo sul funzionamento del sistema di controllo e sulle *risultanze dei controlli* effettuati anche ai fini di eventuali decisioni di intervento correttivo da parte dell'organo gestorio.

In relazione alla necessità di individuare ó legislativamente ó l'organo deputato al coordinamento e di prevedere espressamente l'obbligo di adottare un *regolamento che disciplini le procedure di coordinamento tra le istanze di controllo* nella complessa architettura societaria, non ritengo che debbano spendersi particolari argomentazioni: la prassi ha dimostrato, ripetutamente, come sia frequente non tanto l'assenza di controlli quanto la difficoltà nell'interpretare i segnali di anomalia, la

³³ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo* (nt. 1), e ora ID. *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: proposte di restyling*, in *NDS*, n. 11/2014, 7 ss. e ID. *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1068 ss.

carenza di incrocio tra controlli analoghi, la tardività del collegamento tra istanze di controllo diverse.

Il confronto sinergico o se opportunamente regolato o può condurre a maggiori convergenze operative, verifiche rafforzate, segnalazioni tempestive di criticità, debolezze, carenze, anomalie e consentire allora adeguati e temporalmente appropriati interventi da parte del *management* e degli organi di amministrazione.

La *relazione al consiglio di amministrazione da parte dell'organo di controllo* costituisce poi l'anello (ora) mancante della catena, lo *step* necessario o per assicurare gli organi di amministrazione circa l'assenza di patologie o per segnalare con precisione e tempestività i difetti riscontrati e consentire così i conseguenti interventi di rettifica.

35.2. Per le *società quotate (e di interesse pubblico)* si può ragionare su alcune ulteriori ipotesi di lavoro:

- (i) come consente la Direttiva, *prevedere che, negli enti di interesse pubblico, lo statuto può attribuire* la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione legale (art. 19, d.lgs. 39/2010) *anziché al collegio sindacale (o all'organo equivalente) al comitato controllo e rischi* previsto dal Codice di Autodisciplina o, se la società non è quotata, a un comitato di amministratori indipendenti;
- (ii) limitare le competenze in materia di procedure del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari alla predisposizione di *adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci*;
- (iii) affidare invece alla società di revisione, oltretutto, ovviamente, il controllo dei conti, la *verifica di adeguatezza delle procedure stesse*;
- (iv) attribuire al preposto al controllo interno la *verifica sul rispetto effettivo delle procedure amministrative e contabili*, oggi assegnato invece al dirigente preposto, nell'ambito del controllo sul rispetto delle procedure interne, in senso ampio;
- (v) prevedere che nel *modello dualistico* lo statuto debba obbligatoriamente stabilire le funzioni di alta direzione attribuite al *consiglio di sorveglianza*; introdurre l'obbligo di istituire il *comitato per il controllo interno e la revisione legale* nell'ambito di questo organo; statuire espressamente che i rapporti tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza siano disciplinati da un regolamento interno.

In sintesi l'attribuzione più appropriata e funzionale di competenze [p.ti (ii), (iii), (iv)] costituisce, a mio avviso, un'utile razionalizzazione; la previsione del *comitato per il controllo interno* come comitato interno al consiglio di sorveglianza [p.to (v)] corrisponde ad una prassi già adottata nei modelli dualistici adottati nei principali gruppi bancari.

Ma il punto cruciale è rappresentato dalla duplicazione di funzioni in capo all'organo di controllo e al corrispondente organo di autodisciplina.

L'opzione statutaria, qui suggerita [p.to (i)], è espressamente prevista dalla Direttiva comunitaria, consente di individuare, in relazione al concreto atteggiarsi degli interessi, la soluzione più efficiente, evita o ove necessario o inutili duplicazioni; unisce, in conclusione, razionalità normativa e autonomia privata.

A ciò si dovrebbe aggiungere ó per introdurre l'obbligo espressamente sancito di riferire periodicamente, come si è detto, e, tempestivamente, al Consiglio di Amministrazione o all'amministratore delegato o all'amministratore con delega agli assetti organizzativi, affinché la reazione alle criticità, debolezze, anomalie sia e tempestiva e efficace.

36. Un interrogativo finale.

Ma tornando all'ordinamento bancario: nel complesso reticolo delle regole, nell'articolazione sofisticata delle procedure, nel quadro di crescenti adempimenti formali qual è lo spazio, nei consigli di amministrazione, riservato alla gestione dell'attività bancaria?

Un tema di vertice che merita un'ampia riflessione.

PAOLO MONTALENTI
Prof. ord. di Diritto commerciale
nell'Università degli Studi di Torino