

Titolo: **AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO NELLA SOCIETÀ PER AZIONI TRA CODICE CIVILE E ORDINAMENTO BANCARIO**

BANCA BORSA TITOLI DI CREDITO

Fonte: Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.6, 2015, pag. 707

Autori: **Paolo Montalenti**

Classificazione: [SOCIETÀ DI CAPITALI - In genere](#)

Sommario

Sommario: 1. L'amministrazione Della Società Azionaria: I Principi. — 2. (Segue). Standard Di Diligenza E Responsabilità Degli Amministratori. — 3. Principi Di Corretta Amministrazione, Adeguatezza Degli Assetti Organizzativi, Sistema Di Controllo Interno. — 4. Controlli Interni E Corporate Governance. — 5. Il Concetto Di Controllo: Una Nuova Sistemica. — 6. Controllo Diretto E Controllo Indiretto. — 7. Controllo E Vigilanza. — 8. La Funzione Di Vigilanza Degli Amministratori: Superata La Responsabilità Oggettiva. — 9. Organismo Di Vigilanza (D.lgs. 8 Giugno 2001, N. 231) E Organo Di Controllo: Recenti Innovazioni (Art. 14, Comma 12º, L. 12 Novembre 2011, N. 183). — 10. Disciplina Antiriciclaggio (D.lgs. 21 Novembre 2007, N. 231) E Sistemi Di Controllo. — 11. Disciplina Della Revisione Legale (D.lgs. 27 Gennaio 2010, N. 39) E Controlli Interni: Profili Critici. — 12. Il Codice Di Autodisciplina. — 13. Assetti Organizzativi E Gruppi. — 14. Gestione Del Rischio, Sistema Dei Controlli E Adeguatezza Degli Assetti Organizzativi E Procedurali: La Normativa Secondaria Nei Settori Vigilati. — 15. Il Problema: Il Coordinamento Tra Le Funzioni E Istanze Di Controllo. — 16. La Corporate Governance Nel Settore Bancario. "Natura" Della Regolazione E Conseguenze Operative — 17. Il Sistema Dei Controlli Nell'ordinamento Bancario: L'evoluzione Storica. — 18. Le Disposizioni Di Vigilanza 2 Luglio 2013. — 19. Il Fulcro Della Disciplina Regolamentare: Il Coordinamento Delle Funzioni Di Controllo. — 20. Le Definizioni: Organi, Funzioni, Procedure. Il Risk Appetite Framework. — 21. I Principi Generali. La Gestione Del Rischio: Key-Issues, Tecniche, Processi. — 22. Il "Documento" Sui Sistemi Di Controllo. — 23. I Compiti Delle Funzioni Aziendali Tra Informazione E Regolamento. — 24. Principio Di Proporzionalità E Esternalizzazione Delle Funzioni Aziendali (Outsourcing). — 25. Il Sistema Dei Controlli Nei Gruppi Bancari. Il Regolamento Di Gruppo. — 26. Le Disposizioni Su Il "Governo Societario" Del 6 Giugno 2014. — 27. Sistemi Di Amministrazione E Controllo E Progetto Di Governo Societario. — 28. Organi Con Funzione Di Supervisione Strategica. — 29. Organi Con Funzioni Di Controllo. — 30. Composizione E Nomina Degli Organi Sociali. Funzionamento Degli Organi E Flussi Informativi. — 31. Una Distinzione Da Non Dimenticare: Amministratori Esecutivi E Amministratori Non Esecutivi. — 32. Valutazioni conclusive. Proposte Di Riforma.

1. La disciplina in materia di amministrazione e controlli nella società per azioni [\(1\)](#), contiene significative innovazioni che si vuole qui brevemente sintetizzare, in particolare in funzione di una riflessione incentrata sugli obblighi di vigilanza e sul sistema dei controlli interni.

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 "adeguate informazioni" al consiglio (art. 2381, comma 1º), all'informativa periodica dovuta dai delegati al consiglio (art. 2381, comma 5º), alla funzione centrale assegnata all'informazione come strumento di valutazione sia degli assetti organizzativi sia del generale andamento della gestione (art. 2381, comma 3º), ai poteri-doveri di informazione degli **amministratori**, il cui limite è segnato dalla sede consiliare (art. 2381, comma 6º), 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°).

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 organizzativi (2), al dovere di disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, al contenuto dei *report* dovuti al consiglio (art. 2381, comma 3°), agli obblighi di compensazione nel perseguimento delle politiche di gruppo (cfr. art. 2497, comma 1°, ult. parte, e art. 2634).

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 “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°).

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 — anche alla luce dell'art. 2364, comma 1°, n. 5 — è l'esplicita 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 **amministratori** (3).

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 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°).

2. 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 “valutarsi”, come stabilisce l'art. 1176, comma 2°, « con riguardo alla natura dell'attività esercitata ».

In relazione a qualche confusione concettuale che a volte serpeggia sul punto, va chiarito che mentre la diligenza media configura un criterio fisso e costante, quanto meno in un contesto storico dato, potendo al più mutare con l'evolversi del grado di cultura e di coscienza dell'uomo medio in relazione allo sviluppo della società civile, la diligenza professionale è graduata in relazione alla natura dell'attività e muta in ragione al parametro di riferimento più o meno ampio che si ritenga di dover accogliere. Più precisamente, anche nell'ambito di una medesima categoria professionale — si pensi al medico — lo *standard* di diligenza, pur sempre professionale, può differenziarsi secondo che si tratti di un medico generico oppure invece di uno

specialista.

In conclusione il grado di cura, di attenzione, di applicazione esigibile nell'amministrazione di una piccola società industriale è sicuramente minore rispetto a quello richiesto all'amministratore in una grande impresa multinazionale.

Il legislatore non richiede la perizia (4) 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** — si pensi ai profili **legali**, finanziari o tecnici —, 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.

Le nuove regole, a mio parere, non intaccano 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 potrà imputare il risultato negativo della gestione se non nel caso di operazioni assolutamente irrazionali (5).

In questo quadro generale il legislatore è intervenuto con adeguate e puntuali disposizioni dirette a tracciare una disciplina più chiara e definita, rispetto al regime previgente, della materia forse più rilevante in tema di amministrazione, anche in relazione alle trasformazioni dell'impresa nell'economia attuale, e cioè della diversità di ruoli e di funzioni, e quindi delle **responsabilità**, di **amministratori** delegati, da un lato, e di consiglieri senza deleghe (6), dall'altro lato.

3. 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.] (7).

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* (8), 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**.

L'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta come principio di diritto societario comune in quanto elemento necessario ai fini dell'*adeguatezza della struttura organizzativa della società*, sia pure con caratteri di maggiore o minore complessità in ragione della dimensione e della tipologia dell'impresa. 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.] (9).

Una riflessione critica sulla materia richiede qualche considerazione sistematica di ordine più generale.

4. I controlli interni nelle società di capitali (10) 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 — il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 — all'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli dell'organo di controllo di società quotate con la riforma societaria del 2003, alla disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) 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 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231.

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^o, 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^o, 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 poi del 2014).

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

5. La partizione concettuale tradizionale in tema di controllo — controllo di legalità (formale e sostanziale), controllo di merito — 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. Si tratta di un controllo in forma di *potere di indirizzo, di condizionamento* e anche di *contrapposizione antagonista*, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della **responsabilità**.

Infatti il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali è assistito — il punto è pacifico anche nel nostro ordinamento — 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 poi il *controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*, la verifica cioè dell'osservanza delle regole tecnico-aziendalistiche — istruttorie, procedurali, decisionali — che concretano (arg. ex art. 2403, comma 1^o, c.c.) 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^o, art. 2403, comma 1^o, c.c., art. 149, comma 1^o, 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'idoneità dell'intero sistema di funzionigramma 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*).

La terza "sottocategoria" è rappresentata dal *controllo di legalità* (cfr. art. 2403, c.c.).

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)* [\(11\)](#).

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 "messa a punto legislativa".

6. 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 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* — e il tema è di particolare rilevanza proprio nella

materia "231" — per cui 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.

Il sistema si presenta cioè come una sorta di "piramide rovesciata" che ricomprende l'insieme delle funzioni di controllo indiretto e che poggia sul vertice, anch'esso rovesciato, dei controlli diretti su cui si regge, in definitiva, l'intera architettura.

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".

7. 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 1º, lett. a), t.u.f.], mentre il consiglio di amministrazione (nelle quotate) "vigila" sul "rispetto effettivo" delle procedure (art. 154-bis, comma 4º, 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**.

8. Con la riforma del diritto societario è venuto meno il dovere *generale* di vigilanza sulla gestione di cui al testo previgente dell'art. 2392 c.c., 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 3º).

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 i 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.

9. Le funzioni di controllo ora passate in rassegna si intersecano con i compiti dell'*organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001* [\(12\)](#).

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 — come ha sancito il Tribunale di Milano (13) — 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^o, 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'obv 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.

10. La disciplina antiriciclaggio (d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231) (14) 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 destinatari* della disciplina (Capo III, art. 10 ss.): intermediari finanziari, professionisti, soggetti affini; produttori e commercianti di oggetti preziosi.

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

Si statuiscono, infine, i diversi *obblighi procedurali*: gli obblighi di verifica della clientela (art. 15 ss.), semplificati (art. 25ss.) e rafforzati (art. 28 ss.); gli obblighi di registrazione (art. 36 ss.); gli obblighi di segnalazione (art. 41 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^o e 3^o, c.c.).

La *legittimazione alla segnalazione di operazioni sospette* — con espressa esenzione dal segreto professionale e dalle connesse **responsabilità** — è ancorata alla clausola generale di *buona fede* (cfr. art. 41, comma 6^o).

Si tutela inoltre il principio di *riservatezza* sull'identità delle persone e dei professionisti che effettuano la segnalazione (cfr. art. 45, commi 1^o e 2^o).

La normativa primaria si articola poi in disposizioni specifiche (art. 37) sull'*archivio unico informatico* (completato dalle norme secondarie di Banca d'Italia: art. 37, comma 7^o), sul *Registro per i professionisti* e i **revisori contabili** (art. 38), sulle *procedure di esame delle operazioni* (art. 42, comma 1^o), sull'*adeguata formazione del personale* (art. 54).

Il legislatore ha infine assegnato un ruolo specifico sia agli organi di controllo endosocietario (cfr. art. 52) sia alle autorità di vigilanza che devono espressamente verificare «l'adeguatezza degli assetti organizzativi e procedurali» (art. 53).

Un sistema "programmaticamente" organico assistito da sanzioni sia penali (art. 55) sia amministrative, in particolare in tema di "Organizzazione amministrativa e procedure di controllo interno" (art. 56).

Un ulteriore tassello nel "reticolo" dei controlli.

11. 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 "di gestione dei rischi") 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. "di interesse pubblico", all'art. 19,

una disposizione specifica in tema di controllo interno.

La norma stabilisce che il *comitato per il controllo interno e la revisione contabile "si identifica"*, 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 1º, lett. f-*bis*)], nel qual caso il comitato deve essere costituito al suo interno; nel sistema monistico con il comitato per il controllo sulla gestione.

Di là dalla singolarità della formulazione legislativa — « il comitato... si identifica con... » — 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 — 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 "nuove" 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 del sistema di controllo interno, di revisione interna, se applicabile e di gestione del rischio*", in ragione di quanto poco sopra argomentato, ben può ritenersi ricompresa — ancorché utilmente precisata come competenza espressa — 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.

Il punto più critico è, a mio parere, rappresentato dalla funzione di vigilanza su "*la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati*".

Ritengo che l'interpretazione della nuova disposizione debba essere rigorosamente restrittiva e che non possa dunque reputarsi surrettiziamente reintrodotta una competenza contabile in capo al collegio sindacale.

In altre parole l'organo di controllo dovrà sì esercitare una vigilanza specifica in materia, ma limitandosi ad una supervisione sintetica e meramente procedurale sulla conduzione dell'attività di revisione.

Si tratta, in ogni caso, di materia che richiede, a mio avviso, come preciserò nelle conclusioni, un'opportuna revisione legislativa.

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

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 "*a latere*" o "*ex post*" bensì un elemento coordinato e omogeneo all'intero assetto organizzativo dell'impresa. Il sistema si emancipa da una concezione per così dire "sanzionatoria" per configurarsi invece come elemento della "conduzione 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 "assunzione di decisioni consapevoli".

Le diverse funzioni coinvolte — "l'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 — 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 "parere" sull'intero sistema e, oltre ad assolvere compiti di valutazione e di informazione (cfr. Criterio applicativo 7. c.1.), "valuta — ecco la novità — con cadenza almeno annuale il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit*" e ne "monitorea l'autonomia, adeguatezza, efficacia ed efficienza".

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».

Si vuole così molto opportunamente indicare la strada per tentare di superare, attraverso — riterrei — 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.

13. La riforma del diritto societario ha elevato, come già si è osservato [\(15\)](#), i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli **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 gruppo [\(16\)](#) 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^o), 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*.

14. Significative indicazioni emergono, in materia di controlli, sia dal settore bancario sia dal settore assicurativo [\(17\)](#).

Il Regolamento ISVAP, 20 marzo 2008, n. 20, ha disciplinato la materia con particolare analiticità, collegando strettamente — in materia di controlli interni, di componenti del sistema, di flussi informativi, di gestione dei rischi, di esternalizzazione — le regole aziendalistiche con i precetti normativi [\(18\)](#) e affronta con una disposizione specifica (art. 17), il tema — di rilievo sistematico generale — 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» [\(19\)](#) 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.

In effetti il combinarsi virtuoso di autonomia privata, norme secondarie, norme primarie può consentire — se l'equilibrio è raggiunto — la realizzazione di una regolazione efficace della materia, com'è avvenuto per altri profili, quale, ad esempio il tema delle operazioni con parti correlate [\(20\)](#).

15. 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 — banche e assicurazioni — 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 additato linee direttrici e soluzioni operative.

Ma il quadro regolatorio rimane, a mio parere, frammentario e meritevole di razionalizzazione anche attraverso specifici adeguamenti della disciplina codicistica e speciale vigente [\(21\)](#).

16. La legislazione bancaria [\(22\)](#), 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, oltre alla previsione dell'emanazione di disposizioni di carattere generale sul governo societario da parte della Banca d'Italia [art. 53, comma 1º, lett. d), t.u.b.], prevede la possibilità per l'Autorità di Vigilanza di intervenire anche nel merito della *gestione* dell'impresa bancaria, in quanto legittimata a « proporre l'assunzione di determinate decisioni » [art. 53, comma 3º, lett. b), t.u.b.].

In materia di *controlli*, oltre alla previsione della generale potestà regolamentare in materia di controlli interni [art. 53, comma 1º, 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 1º, t.u.b.).

Di particolare interesse infine la disciplina del *gruppo*: oltre all'art. 61, comma 4º, t.u.b., è da segnalare la recente — 2011 — previsione della potestà regolamentare della Banca d'Italia in materia di “*governo societario, organizzazione amministrativa e contabile, nonché di controlli interni e sistemi di remunerazione e di incentivazione di gruppo*” [art. 67, comma 1º, lett. d), t.u.b.].

17. 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.

Il provvedimento del 4 marzo 2008 *Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, rappresenta, 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'appropriato 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 prevede 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 emanato il Provvedimento 11/01/2012 che completa 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* — il 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.

18. Infine le nuove disposizioni di Bankitalia (“*Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa*”, 15º aggiornamento 2 luglio 2013) si pone come

risposta analitica ma organica e sistematica ai problemi in materia di gestione e controllo dell'impresa.

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.

19. In particolare si intende regolare 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».

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

20. La prima indicazione "sistematica" si ravvisa nella ipostatizzazione delle Definizioni (punto 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 — 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 — assume il concetto di "risk appetite framework" — "RAF" (sistema degli obiettivi di rischio) con cui si intende «il quadro di riferimento che definisce — in coerenza con il massimo rischio assumibile, il business model e il piano strategico — 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».

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. **ALLEGATO C**).

21. Nel fissare i Principi generali (punto 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 — il punto è significativo e, a mio parere, condivisibile — 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 (punto 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 per le quali tuttavia contiguità e anche sovrapposizioni sono in qualche misura inevitabili.

22. 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». Si tratta a mio parere di un vero regolamento di gruppo che assume nella *governance* un ruolo centrale.

Le Disposizioni di Banca d'Italia dedicano ampia regolamentazione alle **FUNZIONI AZIENDALI DI CONTROLLO** (Sezione 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.

23. 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 — e chi ha esperienza diretta della prassi bancaria sa 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".

24. 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 (Sezione 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 *poling 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.

25. Conclude la complessa regolamentazione la Sezione V dedicata a RAF, sistema dei controlli interni e esternalizzazione nei *gruppi bancari*: tassello di una disciplina organica sulla cui essenzialità non è necessario spendere particolari parole.

Si precisa — utilmente — 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 sottolineato che, a mio parere, il rapporto di direzione unitaria nel gruppo è un rapporto contrattuale che disegna un sistema non già di potere (23) o di mero fatto bensì di poteri e doveri e precisamente di potere 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 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 — analogamente a quanto già illustrato — l'esternalizzazione di funzioni aziendali all'interno del gruppo bancario.

26. La Banca d'Italia ha approvato il 6 maggio 2014 l'Aggiornamento alle Disposizioni di vigilanza inserendo un nuovo Titolo IV « Governo societario, controlli interni, gestione del rischio ».

Le disposizioni si articolano in Principi generali e Linee applicative.

I primi 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 — correttamente — 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 ».

27. 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 »; 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.

28. La materia dei compiti e poteri degli organi sociali è disciplinato in modo particolarmente analitico. 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.

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 poter 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.

29. La funzione di controllo è oggetto di analitica disciplina ed anche di innovative disposizioni che possono rappresentare uno stimolo anche per l'intervento del legislatore nell'ordinamento societario generale.

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.

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 concessione 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.

30. Sulla composizione economica degli organi sociali 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*.

In particolare al *comitato rischi* 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 compartecipazione alla definizione del *Risk appetite* e del *Risk tolerance*.

Le disposizioni si concludono con la disciplina dei *flussi informativi*, 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 ».

31. Le nuove disposizioni hanno il pregio dell'analiticità, 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'eccesso 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 una recente sentenza della Cassazione (24) sembra 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 soltanto in consiglio chiedere informazioni, che valuta la gestione soltanto sulla base delle informazioni ricevute.

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**.

Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare e che non può non riflettersi anche sul piano sanzionatorio.

32. Ritengo che la nuova disciplina di settore 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 formulare (25).

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 — 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 — 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* — ad esempio trimestrale — 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 — legislativamente — *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 carenza di "incrocio" tra controlli analoghi, la tardività del collegamento tra istanze di controllo diverse.

Il "confronto sinergico" — se opportunamente regolato — 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.

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 — ove necessario — inutili duplicazioni; unisce, in conclusione, razionalità normativa e autonomia privata.

A ciò si dovrebbe aggiungere — per introdurre l'anello mancante — 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.

Correlazioni: **Legislazione Correlata (8)**

- » [d.lg. 27 gennaio 2010 n. 39](#)
- » [Dir. CE 17 maggio 2006 n. 43](#)
- » [d.lg. 8 giugno 2001 n. 231 art. 6](#)
- » l. 7 giugno 1964 n. 216
- » [c.c. artt. 1176](#)

[+ Visualizza successivi](#)

Doc. associati: » [Documenti con la stessa classificazione](#)

- » [Documenti stesso autore](#)
- » [Bibliografia Correlata](#)