

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
Curriculum di Diritto Commerciale - XXVI ciclo

IL COLLEGIO SINDACALE NELLE BANCHE

EDOARDO PEDERSOLI

TUTOR:
Chiar.mo Prof. Umberto Tombari

COORDINATORE DEL DOTTORATO:
Chiar.mo Prof. Roberto Sacchi

A.A. 2012/2013

INDICE

<i>Introduzione</i>	3
---------------------------	---

Capitolo I

IL COLLEGIO SINDACALE NELL'AMBITO DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI DELLE BANCHE

<i>1.1. Le finalità dei controlli interni nelle banche. Gli organi e le funzioni del sistema di controllo interno</i>	14
<i>1.2. Segue</i>	18
<i>1.3. Il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione. Il rapporto con il Collegio Sindacale</i>	23
<i>1.4. Il Comitato Controllo e Rischi e le potenziali sovrapposizioni con il ruolo del Collegio Sindacale</i>	31
<i>1.5. I flussi informativi in favore degli amministratori non esecutivi e il ruolo del Collegio Sindacale</i>	36
<i>1.6. I controlli di secondo livello</i>	42
<i>1.7. L'Internal audit</i>	54
<i>1.8. L'indipendenza dell'Internal audit</i>	57
<i>1.9. Il controllo contabile e il Collegio Sindacale</i>	61
<i>1.10. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili</i>	67
<i>1.11. Riepilogo</i>	71

Capitolo II

LA FUNZIONE DI SORVEGLIANZA DEL COLLEGIO SINDACALE NELLE SOCIETÀ BANCARIE

<i>2.1. Premessa</i>	74
<i>2.2. Il controllo "ex ante" ed "ex post" del Collegio Sindacale</i>	77
<i>2.3. Segue</i>	83
<i>2.4. La predisposizione degli assetti di controllo: compatibilità del modello bancario con la business judgment rule</i>	91
<i>2.5. Il regime di responsabilità e il potere di veto dei sindaci. Critica</i>	104
<i>2.6. Il potere di veto "indiretto" dei sindaci nelle banche: il raccordo funzionale con Banca d'Italia</i>	111

2.7. Conclusioni	119
------------------------	-----

Capitolo III

IL CONTROLLO EX ANTE DEL COLLEGIO SINDACALE NELLE SOCIETÀ "COMUNI"

3.1. I poteri dei sindaci nelle società "comuni" e l'esigenza di un controllo ex ante. Inammissibilità di un potere di autorizzazione	125
3.2. Segue.....	129
3.3. Gli interessi sottesi allo svolgimento del controllo affidato al Collegio Sindacale.....	135
3.4. L'interesse della minoranza	136
3.5. Il Collegio Sindacale come presidio agli abusi della maggioranza.....	142
3.6. Il Collegio Sindacale e gli interessi dei creditori. Il controllo ex ante sull'effettività del capitale sociale.....	144
3.7. Gli interessi "esterni"	149
3.8. Gli interessi tutelati dai sindaci, i poteri attribuiti al Collegio Sindacale e l'esigenza di un controllo ex ante. L'importanza dei poteri informativi e ispettivi	152
3.9. Il diritto di impugnazione delle delibere del CdA e dell'Assemblea	155
3.10. Segue.....	159
3.11. Il potere di convocazione dell'Assemblea, del Cda e del Comitato esecutivo.	166
3.12. La denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.	169
3.13. Riepilogo	178

Introduzione

La recente crisi finanziaria ha evidenziato l'esigenza di una maggiore attenzione alle strutture di controllo interno delle società spesso dimostratesi insufficienti a prevenire l'assunzione di rischi eccessivi e insostenibili. Tale esigenza è stata particolarmente avvertita in ambito bancario dove si è assistito al dissesto di grandi gruppi bancari e finanziari che ha innescato una crisi generale del sistema economico e ha avuto ricadute disastrose per risparmiatori e investitori.

Le soluzioni inizialmente adottate per arginare la propagazione degli effetti negativi di questa crisi si sono tradotte sia in un diretto sostegno finanziario da parte dei governi e delle banche centrali sia nell'imposizione di più rigorosi coefficienti patrimoniali; soluzioni, queste, che ove applicate hanno sì avuto l'effetto di attenuare e limitare - per quanto ancora possibile - le conseguenze economiche e sociali derivanti dalla crisi, ma che non hanno evidentemente risolto in radice il problema dell'eccessiva assunzione dei rischi che si verifica già al momento in cui vengono determinate le strategie gestionali da parte dell'organo amministrativo.

E' infatti evidente che gli interventi diretti dei governi e delle banche centrali, se conducono alla nazionalizzazione o alla concessione di liquidità a una società che si sia dimostrata incapace negli anni di gestire le sue risorse, non possono che essere considerati come una soluzione solo temporanea e non incidente sulla capacità di governare l'azienda secondo criteri di massima efficienza. Ma non può essere considerata una soluzione definitiva neppure quella di imporre requisiti patrimoniali sempre più stringenti: perchè, se da un lato ciò permette di attutire le eventuali conseguenze negative di una errata scelta di *business* effettuata del *management*, dall'altro lato è difficile individuare *ex ante*, in un sistema come quello attuale, quali siano i requisiti patrimoniali adeguati e sufficienti, specialmente per quelle banche che sono spesso coinvolte in operazioni finanziarie complesse e, talvolta, anche poco trasparenti ¹.

¹ Tanto è vero che anche Banca d'Italia nella Circolare di Banca d'Italia n. 229, Titolo IV, Capitolo 11, afferma che "gli strumenti di vigilanza prudenziale, tipicamente i coefficienti patrimoniali, nell'imporre una dotazione di capitale minima per fronteggiare i rischi, propongono modelli di

Una maggiore considerazione dell'importanza del sistema di controllo interno potrebbe invece effettivamente incidere sulla capacità delle banche di raggiungere l'obiettivo della "sana e prudente gestione": infatti, un sistema di controllo, se efficientemente organizzato, è in grado di prevenire, o quantomeno ridurre il più possibile, il rischio di crisi di una banca, il che è fondamentale specialmente per quelle di più grandi dimensioni il cui salvataggio - secondo la logica del c.d. "too big to fail" - si è rivelata una scelta pressoché obbligata².

Il tema dei controlli diviene quindi un problema centrale, in merito al quale sono state prospettate le più diverse soluzioni: in estrema sintesi, da una parte, vi è chi ritiene che una maggior efficacia dei controlli possa essere ottenuta attraverso una moltiplicazione degli organi a esso adibiti e, dall'altra, vi è chi al contrario reputa che una proliferazione dei controllori debba essere evitata perchè rischia di tradursi in una eccessiva burocratizzazione della gestione delle società³ e in un controllo che in definitiva è solo formalmente più rigoroso.

misurazione semplificati, non sufficienti da soli ad assicurare uno sviluppo equilibrato dell'impresa. Le Autorità di vigilanza avvertono, quindi, l'esigenza di affiancare agli strumenti prudenziali di tipo quantitativo indicazioni volte a favorire, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale, la definizione nelle banche di un sistema dei controlli interni efficiente ed efficace".

² Occorre tuttavia precisare che potenziare i sistemi di controllo interno non può considerarsi una soluzione che, ove implementata prima, avrebbe da sola potuto evitare lo scoppio della recente crisi finanziaria: infatti, come osservato da CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 654, "certamente al prodursi della crisi finanziaria ha contribuito anche il mal funzionamento dei sistemi di corporate governance, ma è illusorio pensare che il ricorso a forme esasperate di cartolarizzazione del rischio di credito, lo sviluppo abnorme dei mercati non regolamentati Over the Counter, luoghi oscuri di negoziazione di sofisticati prodotti di finanza strutturata e di derivati, tendenzialmente illiquidi e privi di adeguati modelli di valutazione, le inefficienze e i conflitti di interessi delle agenzie di rating e la tendenza a privilegiare i risultati di breve periodo siano fenomeno che possono trovare un rimedio adeguato nell'imposizione di regole più severe di governo societario o nella riforma dei codici di autodisciplina". Per un'analisi delle cause della recente crisi finanziaria, si veda, *ex multis*, CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 20-33.

³ In effetti, "se per efficienza si intende il massimo di autonomia manageriale e di rapidità dei processi decisionali per consentire la più pronta risposta alle necessità dell'impresa in una prospettiva di massima valorizzazione della capacità competitiva, non è agevole conciliare questo criterio con quello della correttezza che normalmente richiede l'adozione ed il rispetto di regole procedurali e di obblighi informativi [...]" (così CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 536).

E' evidente che adottare una soluzione piuttosto che l'altra dipende soprattutto dalla valutazione - positiva o negativa - di quello che allo stato rappresenta l'organo al vertice del sistema dei controlli interni della maggior parte delle società italiane, e cioè il Collegio Sindacale, che costituisce l'elemento di differenziazione del tradizionale sistema di *governance* rispetto al sistema dualistico e al sistema monistico.

Fin dalla sua introduzione nel Codice di Commercio del 1882, l'efficacia del controllo da parte dei sindaci è stato posto fortemente in discussione; e ciò sia perchè i componenti del Collegio Sindacale sono nominati dall'assemblea dei soci, e quindi dalla stessa maggioranza che nomina gli amministratori (il che potrebbe influenzare negativamente l'imparzialità del loro controllo), sia perchè i poteri attribuiti ai sindaci si traducono perlopiù in una vigilanza *ex post* sulla gestione della società, quest'ultima affidata esclusivamente agli amministratori e rispetto alla quale i sindaci sono estranei.

In effetti, il Collegio Sindacale non ha il potere di impedire l'assunzione di una decisione degli amministratori in quanto non gli è riconosciuto alcun potere di veto, ma solo di limitare, ove possibile, le conseguenze negative derivanti da una decisione illegittima e dannosa attraverso l'esercizio dei poteri cc.dd. "reattivi" attribuitigli dalla legge: e cioè attraverso il potere di impugnare le delibere invalide del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea, di agire autonomamente per far valere la responsabilità degli amministratori ovvero, infine, di ricorrere ex art. 2409 c.c. all'Autorità Giudiziaria in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità che possano arrecare un danno alla società.

Questo ruolo dei sindaci, quali garanti di un controllo *ex post*, deriva del resto da quella che era la ragione per cui il Collegio Sindacale è stato introdotto nel nostro ordinamento: infatti, il compito principale a loro affidato era quello di effettuare il controllo contabile ⁴, e cioè una verifica che per definizione si esplica attraverso un controllo su rappresentazioni di fatti gestori già compiuti.

⁴ Come segnalato da BERTOLOTTI, *I sindaci*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, vol. 4, Bologna, 2012, 205, nota 2, già ai sensi dell'art. 184 del Codice di Commercio, i sindaci dovevano con specifico riferimento alla materia contabile: "1) stabilire, d'accordo cogli amministratori della società, la forma dei bilanci e delle situazioni delle azioni; 2) esaminare almeno ogni trimestre i libri della società per conoscere le operazioni sociali e accertare la bontà

Con il passare degli anni e con l'evolversi del mercato che ha comportato una maggiore sofisticazione delle operazioni poste in essere dalle società, il Collegio Sindacale non si è però dimostrato in grado di svolgere adeguatamente quel controllo sui conti che costituiva nel passato la sua ragion d'essere, e, pertanto, il Legislatore - già a partire dal 1974 e poi, da ultimo, con il D. Lgs. 39/2010 - ha ritenuto opportuno affidare il controllo contabile nelle società per azioni più articolate o quotate su un mercato regolamentato a soggetti indipendenti e dotati di specifiche competenze; quanto invece alle società non tenute alla redazione del bilancio consolidato, si è mantenuta tutt'oggi la possibilità per lo statuto di attribuire al Collegio Sindacale la competenza al controllo contabile.

Ci si deve quindi interrogare sull'effettiva utilità di un organo come il Collegio Sindacale, che, essendo stato esautorato dalla competenza a verificare i conti delle società, è ora affidatario di una vigilanza sulla gestione di regola successiva rispetto al realizzarsi di un danno: circostanza, questa, che ha indotto addirittura alcuni a proporre l'abolizione proprio per questa sua incapacità a garantire un controllo *ex ante*⁵, tenuto anche conto che, nelle società più articolate, sono stati via via introdotti sistemi di controllo interno che di per sé, ove correttamente implementati, potrebbero essere in grado di sostituire i sindaci nella verifica sulla legittimità della gestione.

del metodo di scrittura; 3) fare frequenti ed improvvisi riscontri di cassa non mai più lontani di un trimestre l'uno dall'altro; 4) riconoscere almeno una volta ogni mese, colla scorta dei libri sociali, l'esistenza dei titoli e dei valori di qualunque specie depositati in pegno, cauzione o custodia presso la società; [...] 6) rivedere il bilancio e farne relazione nel termine assegnato [...]".

⁵ L'abolizione del Collegio Sindacale fu proposta già prima dell'emanazione del Codice del 1942, e, precisamente, da SRAFFA, *I "così detti" sindaci delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 863, e da una commissione di studio composta da Vivante (che peraltro già aveva espresso le sue critiche in *Per la riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 151), Biamonti, Frè e De Gregorio, il cui lavoro è stato pubblicato come *Contributo allo studio delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 309 ss.; dello stesso avviso, successivamente, FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA.VV., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, 20-23; più di recente, ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta. 100 tesi per la riforma del diritto societario in Italia*, Bologna, 1997, 103; PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, 752-753; dubbioso sull'efficacia del controllo affidato al Collegio Sindacale anche successivamente alle riforme che, prima per le società "aperte" e poi per le società "chiuse", hanno incrementato i suoi poteri, CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 362 e, in particolare, nt. 12; dello stesso avviso, anche RIGOTTI, *Il collegio sindacale nella governance della società per azioni*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 552-553; da ultimo, si veda COSSU, *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.*, Milano, 2013, 12.

A ciò si può anzitutto replicare che il Collegio Sindacale mantiene comunque importanti funzioni nell'ambito del controllo contabile e, pertanto, una sua abolizione potrebbe eliminare un importante filtro di controllo aggiuntivo e imparziale come quello assicurato dai sindaci. Infatti, il dovere di vigilare sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo a rappresentare i fatti di gestione, comporta inevitabilmente che i sindaci non si limitino ad accertare la formale esistenza di procedure di controllo contabile, ma siano tenuti comunque a effettuare verifiche a campione.

E' poi significativo osservare che nell'ambito della disciplina delle società non quotate non è stato abrogato l'art. 2426 nn. 5 e 6 c.c. ai sensi del quale serve il consenso del Collegio Sindacale per l'iscrizione in bilancio dell'avviamento e di alcune specifiche voci di costo che possono avere utilità pluriennale; come pure è stato mantenuto il potere dei sindaci di formulare nell'ambito della relazione ex art. 2429 c.c. le proprie osservazioni in merito all'approvazione del bilancio e anche in merito alla situazione patrimoniale di cui all'art. 2446 c.c.. Ne discende che, pur in presenza di un revisore esterno, i compiti attribuiti ai sindaci, seppur depotenziati, includono ancora importanti valutazioni che sono riconducibili al controllo contabile⁶.

Quanto invece all'osservazione in merito al momento in cui il controllo del Collegio Sindacale viene posto in essere, si segnala che il ruolo e la funzione dei sindaci sono profondamente mutati rispetto all'impostazione originaria, per effetto delle riforme che, prima per le società quotate con l'introduzione del TUF e poi anche per le altre società per azioni per effetto della riforma del 2003 e della L. 262 del 2005, hanno cercato di soddisfare, seppur parzialmente, quell'esigenza per cui i sindaci dovrebbero essere in grado di prevenire, e non solo gestire successivamente, i danni per la società⁷.

⁶ V., per tutti, CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 61-66.

⁷ In quest'ottica si pone anche la nuova versione del Codice di Autodisciplina del 2011 nel quale si afferma che "al collegio sindacale spett[a] un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente ex post [...] affinché [gli amministratori] adottino le misure correttive eventualmente necessarie".

Occorre quindi fin d'ora comprendere in che modo il Collegio Sindacale possa svolgere un controllo *ex ante* sull'andamento della società, intendendosi con tale forma di controllo il potere di influenzare le decisioni del *management* e così evitare che vengano assunte decisioni foriere di danni per la società: a tal fine, bisogna in particolare esaminare i poteri "informativi" attribuiti dalla legge ai sindaci.

I sindaci hanno anzitutto l'obbligo - e non la facoltà come in passato⁸ - di partecipare non solo alle riunioni del Consiglio di Amministrazione, ma anche del comitato esecutivo⁹, e dunque, una volta ottenute le informazioni già in sede di adunanza consiliare, devono manifestare il loro dissenso in presenza di fatti censurabili e richiedere agli amministratori di intervenire, prima di coinvolgere i soci per gli opportuni provvedimenti. Questo dovere presuppone che il Collegio Sindacale sia effettivamente coinvolto nelle predette riunioni, costituendo questo lo strumento più immediato che i sindaci hanno a disposizione per evitare di essere ritenuti responsabili solidalmente con gli amministratori ex art. 2407 2 comma c.c., e cioè quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero correttamente vigilato.

In quest'ottica, si ricorda poi che l'art. 2403-bis 2 comma c.c. consente di scambiare informazioni con i revisori contabili (ove nominati) e con i corrispondenti organi di

⁸ Si segnala che CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, Torino, 1976, 103 ss., riteneva comunque sussistente, anche nell'ambito della disciplina previgente, un obbligo per i sindaci di partecipare alle riunioni del comitato esecutivo: e ciò in ragione del generale obbligo di comportarsi con diligenza che avrebbe dovuto imporre ai sindaci di sfruttare tutte le possibilità per ottenere informazioni sull'attività del *management*. Nello stesso senso, CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO e PORTALE, vol. 5, Torino, 1988, 111; v. anche TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da SCHLESINGER, Milano, 1992, 280; dello stesso avviso, AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Torino, 2006, 31. Al riguardo, si ricorda che già la comunicazione Consob n. 97001574 del 20 febbraio 1997 raccomandava ai sindaci di società quotate di partecipare alle riunioni del comitato esecutivo.

⁹ Al riguardo, si ricorda che, per legge, l'assenza non giustificata a due riunioni consecutive del Consiglio di Amministrazione o del comitato esecutivo comporta la decadenza dalla carica di sindaco. In senso critico su tale causa di decadenza, CAVALLI, (nt. 6), 67: infatti, secondo l'Autore, "la norma, [...] richiedendo che l'assenza ingiustificata investa non solo due riunioni nel corso di un esercizio (com'era previsto in precedenza), ma due riunioni consecutive, consente ai sindaci di disinteressarsi della metà delle adunanze senza incorrere nella sanzione di legge e senza neppure doversi preoccupare di addurre una qualche giustificazione. Il che, considerando l'importanza che la legge ha sempre ricollegato a tali interventi, affievolisce alquanto la cogenza del precetto".

vigilanza delle società controllate¹⁰, nonchè di procedere individualmente e in qualsiasi momento ad atti di ispezione e di controllo; poteri, questi, che devono essere esercitati dai sindaci non solo in una situazione di conclamata "patologia", ma anche *ex ante* così che gli stessi possano essere funzionali a ottenere informazioni utili a prevenire, o comunque a limitare, un danno per la società.

Del resto, è significativo che già l'art. 2381 c.c. imponga agli amministratori delegati di riferire (anche) al Collegio Sindacale sul generale andamento della gestione e, soprattutto, sulla "prevedibile evoluzione" dell'attività, e di evidenziare i rischi e le potenziali opportunità nell'ambito della redazione dei piani strategici, industriali e finanziari della società: sicchè, ove vengano correttamente adempiuti questi obblighi informativi da parte degli amministratori, i sindaci sono in grado di conoscere quelle che potrebbero essere le future decisioni del *management*, fermo restando che, laddove non ritengano sufficiente l'informativa fornita dagli amministratori, hanno comunque il potere-dovere di richiedere agli amministratori ulteriori notizie - anche con riferimento a società controllate - sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari.

Ciò detto, gli amministratori possono procedere con il deliberato nonostante il dissenso espresso dal Collegio Sindacale, ma quest'ultimo, sempre in ottica di intervento *ex ante*, può comunque intimare nuovamente al Consiglio di Amministrazione di soprassedere dall'attuazione di quella decisione e di sottoporla ai soci convocando l'assemblea, alla quale lo stesso Collegio Sindacale è tenuto a partecipare: anche con specifico riferimento a questo potere, la riforma del 2003 ha potenziato il ruolo dei sindaci che, diversamente dal passato, possono convocare l'assemblea non solo in caso di omissione da parte degli amministratori, ma anche in presenza di un ingiustificato ritardo e, in ogni caso, quando ravvisino fatti

¹⁰ Secondo AMBROSINI, (nt. 8), 38, "il riferimento [...] allo *scambio* di informazioni [ex art. 2403-bis c.c.] sembra deporre nel senso della legittimità di un flusso biunivoco, tale per cui anche i sindaci di una controllata possono ricevere informazioni sulla controllante"; e ciò, a dire dell'Autore, specialmente quando, in presenza di attività di direzione e coordinamento, "il perseguimento della politica di gruppo comporta un sacrificio per la controllata: in tali casi, infatti, l'organo di controllo di quest'ultima è chiamato a valutare l'impatto dell'attività di direzione e coordinamento e la «consistenza» dei c.d. vantaggi compensativi". Sui doveri del Collegio Sindacale in un gruppo di società, si veda, già *ante* riforma, TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo")*, in *Riv. soc.*, 1997, 938 ss..

censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere; per quanto riguarda poi le società quotate, tale potenziamento è ancor più evidente posto che, ai sensi dell'art. 151 2 comma TUF, è attribuito ai sindaci un potere autonomo di convocazione dell'assemblea, a prescindere dall'esistenza dei requisiti di gravità e urgenza appena menzionati.

Nell'ambito dell'adunanza assembleare, è stata poi potenziata anche la funzione consultiva dei sindaci in quanto gli stessi possono fare proposte non solo in ordine al bilancio e alla sua approvazione, ma, come ora disposto dall'art. 153 2 comma TUF limitatamente alle società quotate, pure sulle ulteriori materie oggetto del loro controllo: si tratta di una funzione consultiva che nell'impostazione del Codice Civile del 1942 non era prevista se non in specifiche ipotesi¹¹, e che è funzionale a rendere il Collegio non solo un organo volto a "conoscere per rilevare"¹², bensì, ove adeguatamente supportato dai soci, a "conoscere per prevenire"¹³.

E' tuttavia evidente che l'efficacia del controllo del Collegio Sindacale è limitata dal fatto che gli amministratori, prescindendo dai rilievi dei sindaci, restano comunque

¹¹ Si segnala che, diversamente da quanto previsto nel Codice del 1942, l'art. 184 ultimo comma nel Codice di Commercio del 1982 attribuiva ai sindaci il potere di "far inserire negli ordini del giorno [delle adunanze degli amministratori] e in quelli delle assemblee ordinarie e straordinarie le proposte che credono opportune".

¹² Così, FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 44; dello stesso avviso, successivamente, PRESTI, *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002, 9-10.

¹³ Cfr. CATERINO, *La funzione del collegio sindacale delle società quotate, tra "prevenzione" e "allerta" della crisi di impresa*, in AA.VV., *Studi in onore di Belviso*, Bari, 2011, 352-365; ID., *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Bari, 2012, 94-98; v. anche: BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanonone*, Torino, 2011, 406-407; DOMENICHINI, *sub art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario* a cura di NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, 761; CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 199; LIBONATI, *Amministrazione e controllo*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, suppl. 2/2004, 256-264, ritiene che il Collegio Sindacale non sia più un organo di controllo vero e proprio volto a "sanzionare", bensì un organo che influisce sulla gestione in via preventiva, svolgendo un compito - così come qualificato dall'Autore - "da manager"; in quest'ottica, si esprimeva già MARCHETTI, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 101-113. Sul punto, si veda infine anche: FURGIUELE, *La responsabilità da controllo*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 434-436 e 442; SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 59-70; VALENSISE, *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2000, 99-100.

liberi di procedere e che la funzionalità del Collegio dipende pur sempre dall'Assemblea nella quale spesso i soci - in particolare quelli di riferimento - non hanno interesse a opporsi alle decisioni degli amministratori da loro stessi nominati: emerge quindi un sistema di poteri di dubbia efficacia e che, anche in coerenza con la nomina da parte dell'Assemblea, sembra qualificare i componenti del Collegio Sindacale come dei meri "fiduciari" degli azionisti, nonostante gli interessi sottesi all'esistenza di un organo di vigilanza dovrebbero essere più ampi di quelli esistenti al momento dell'introduzione del Collegio Sindacale nel nostro ordinamento e ora riconducibili ad altri soggetti come i creditori, gli azionisti di minoranza e, specialmente nell'ambito delle società quotate, anche degli investitori e, in generale, del corretto operare del mercato ¹⁴.

Ne discende che, allo stato, per quanto sia vero che il Collegio Sindacale abbia la possibilità di garantire un controllo *ex ante* esercitando i poteri ispettivi e informativi attribuitigli dalla legge e partecipando alle riunioni dell'Assemblea, del Consiglio di Amministrazione e del comitato esecutivo, tale forma di controllo si colloca ancora su un piano secondario in quanto ai sindaci è di regola demandato un controllo di legittimità in chiave per lo più successiva e non vincolante in merito alle decisioni degli amministratori rispetto alle quali i sindaci possono soltanto esercitare gli altri strumenti "reattivi" previsti dalla legge: come già ricordato, il potere di impugnare le delibere consiliari e assembleari invalide, di agire in giudizio per far valere la responsabilità del *management*, nonché di ricorrere all'autorità giudiziaria ex art. 2409 c.c..

In ambito bancario, invece, il Collegio Sindacale sembra assumere un ruolo che è peculiare rispetto a quello tradizionalmente attribuitogli nelle società "comuni", anche in ragione del fatto che svolge le sue mansioni in un contesto operativo soggetto a un sistema di vigilanza pubblica e, quindi, opera per il perseguimento di interessi diversi e più ampi rispetto a quelli sottesi al suo ruolo nelle società ordinarie. In particolare, nelle banche sembra essere affidato al Collegio Sindacale un obbligo di sorveglianza che si inserisce nel processo decisionale e, principalmente, nel momento della concreta predisposizione degli assetti di

¹⁴ Cfr., per tutti, CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario: profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005, 269.

controllo; è quindi funzionale a prevenire, attraverso appunto la costruzione di un sistema di controllo interno efficiente e adeguato, l'assunzione di eccessivi rischi da parte del *management* della società, piuttosto che alla mera gestione delle conseguenze pregiudizievoli una volta che si siano già realizzate.

La finalità dell'analisi qui proposta è proprio quella di far emergere le caratteristiche distintive del ruolo assunto dal Collegio Sindacale nelle banche, anche alla luce dei rapporti tra i sindaci e le altre funzioni e componenti del sistema di controllo interno previsti dalla disciplina bancaria e al raccordo funzionale con Banca d'Italia ex art. 52 TUB che accentua il carattere preventivo del controllo affidato ai sindaci nelle banche.

Come si vedrà, infatti, il riferimento dell'art. 52 TUB alle "potenziali irregolarità" che devono essere comunicate dai sindaci mette in risalto il fatto che i sindaci devono percepire le anomalie gestionali sin dal loro momento genetico, richiedendosi quindi un giudizio *ex ante*. E ciò diversamente da quanto avviene nell'ambito delle società "comuni" quotate dove l'art. 149 TUF, pur istituendo un raccordo informativo tra Consob e Collegio Sindacale, si riferisce a "irregolarità [non potenziali, ma già] riscontrate nell'attività di vigilanza"; e diversamente anche da quanto disposto dall'art. 2409 c.c. che, pur consentendo il possibile ricorso da parte dei sindaci all'autorità giudiziaria in un'ottica preventiva in quanto non richiede un pieno accertamento di presunti comportamenti illegittimi degli amministratori, presuppone comunque il fondato sospetto di "gravi" irregolarità tali da "po[ter] arrecare un danno alla società": sicchè il potere di informativa dei sindaci in ambito bancario risulta essere connotato da una maggiore ampiezza e consente una valutazione preventiva delle scelte del *management* a prescindere da un nesso di danno, anche solo potenziale, per la società, in quel dato momento difficilmente percepibile.

Ci si interrogherà poi se il modello bancario possa costituire un parametro per un ripensamento del ruolo attribuito tradizionalmente al Collegio Sindacale nelle società "comuni" e se i poteri attribuiti dalla legge ai sindaci, ove esercitati nell'ottica di una maggiore tutela di tutti quegli interessi che sono - o dovrebbero essere - sottesi alla loro attività di controllo nelle società non bancarie, siano

effettivamente compatibili con una concezione di controllo non solo *ex post*, ma anche *ex ante* tale da qualificare il Collegio Sindacale non come un organo da abolire perchè inutile, ma come un organo in grado di garantire una effettiva sorveglianza sulla gestione degli amministratori.

Capitolo I

IL COLLEGIO SINDACALE NELL'AMBITO DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI DELLE BANCHE

1.1. Le finalità dei controlli interni nelle banche. Gli organi e le funzioni del sistema di controllo interno

L'idea che il controllo sulla gestione di una società debba essere principalmente svolto con l'ausilio di funzioni di controllo *ad hoc* e attraverso procedure e regole predefinite volte a limitare danni per la società è nata negli Stati Uniti negli anni '40¹⁵ ed è stata accolta per la prima volta in Italia nella normativa speciale dettata per le banche ¹⁶, dove sono state introdotte, attraverso la disciplina sul "sistema del controllo interno", innovazioni in merito all'organizzazione dell'impresa che hanno inciso sul ruolo assunto dal Collegio Sindacale¹⁷.

¹⁵ In proposito, si rinvia a EISENBERG, *The board of directors and internal control*, in *Cardozo Law Review*, 1997, 19, 237 ss.; FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiane a confronto*, in *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, a cura di BERIA DI ARGENTINE, Atti del convegno di Courmayeur, Milano, 2005, 101 ss..

¹⁶ Come rilevato da IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 101, l'obbligo di creare una struttura organizzativa amministrativa e contabile della società è stato per la prima volta imposto nella II direttiva comunitaria in materia bancaria, e cioè la direttiva 89/646/CEE del 15 dicembre 1989, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 14 dicembre 1992 n. 481. Infatti, ai sensi dell'art. 13 di questa direttiva, si richiedeva che "ciascun ente [fosse] dotato di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno". In tema di assetti di controllo, le principali disposizioni per le banche sono: la Circolare n. 229 emanata il 21 aprile 1999 (le cc.dd. "Istruzioni di Vigilanza per le banche"); le "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche" n. 264010 del 4 marzo 2008 e la Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 ("Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche") che è stata integrata il 2 luglio 2013 con l'introduzione nel titolo V del capitolo 7 dedicato proprio al sistema di controllo interno e che, non avendo abrogato le Istruzioni di Vigilanza, forma parte integrante delle norme concernenti la struttura organizzativa delle società bancarie.

¹⁷ Cfr. SCHIUMA, (nt. 13), 57 ss.; nello stesso senso, D'ANGELO, *Il collegio sindacale nelle società bancarie*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 563. Si osserva peraltro che, secondo IRRERA, (nt. 16), 76, la procedimentalizzazione dell'attività è una tendenza costante nella recente legislazione d'impresa che ruota intorno appunto alla creazione di una struttura organizzativa aziendale: basti pensare alle disposizioni in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro contenute nel d.lgs. n. 626 del 19 settembre 1994 e soprattutto alle norme concernenti la responsabilità delle persone giuridiche stabilite dal d.lgs. n. 231 del 8 giugno 2001. ABRIANI, *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel*

Prima di approfondire come debba essere svolto in ambito bancario il controllo dei sindaci, è quindi necessario comprendere cosa si intende con “sistema di controllo interno” e quali siano le esigenze a esso sottostanti.

Come definito nella Circolare di Banca d’Italia n. 229 (le cc.dd. “Istruzioni di vigilanza per le banche”) e, precisamente, nel capitolo 11 del titolo IV, il sistema di controllo interno è l’insieme “*delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative che mirano ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali e il conseguimento delle seguenti finalità:*

- *efficacia ed efficienza dei processi aziendali (amministrativi, produttivi, distributivi, ecc.);*
- *salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite;*
- *affidabilità ed integrità delle informazioni contabili e gestionali;*
- *conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne*¹⁸.

sistema policentrico dei controlli, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 6, ritiene che “il legislatore ha in tal modo recepito un modello [...] affermatosi nelle scienze aziendalistiche che studiano l’organizzazione di impresa, facendo assurgere a parametro normativo il principio per il quale soltanto un sistema integrato di operazioni coordinate è in grado di assicurare un risultato qualitativamente apprezzabile, in quanto, al ridursi della discrezionalità nelle diverse fasi del processo, si riducono parimenti le possibilità di errore. Questo modello, applicato a tutta l’organizzazione aziendale, presuppone che ogni fase dell’attività sia consacrata in un procedimento e che questo procedimento sia oggetto di una preventiva valutazione diretta ad accertarne l’adeguatezza e di continui controllo quanto alla sua concreta applicazione”.

¹⁸ Le finalità del sistema di controllo interno descritte dalle Istruzioni di Vigilanza non sono mutate con la recente introduzione di un apposito capitolo dedicato al sistema di controllo interno nella Circolare n. 263 avvenuta nel luglio 2013. Infatti, oltre alle finalità già richiamate nel testo, si prevede che il sistema di controllo interno debba assicurare anche “la verifica dell’attuazione delle strategie e delle politiche aziendali”, “il contenimento del rischio entro i limiti indicati [nella politica di rischio approvata dall’organo amministrativo]” e “la prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite (con particolare riferimento a quelle connesse con il riciclaggio, l’usura ed il finanziamento al terrorismo)”.

La definizione del sistema di controllo interno proposta dalla disciplina bancaria, che è stata elaborata sulla base di quanto contenuto nel COSO Report I del 1992 e del COSO Report II del 2004 diffusi per la prima volta negli Stati Uniti, è stata poi sostanzialmente “recepita” anche nelle società “comuni” italiane. Per quanto riguarda le società quotate, infatti, il Codice di Autodisciplina prevede ai principi 7.P.1. e 7.P.2 che “ogni emittente si dota di un sistema di controllo interno e di gestione dei rischi costituito dall’insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l’identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi. [...] Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell’impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l’assunzione di decisioni consapevoli, [e] concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l’efficienza e l’efficacia dei processi aziendali,

La definizione di “controllo interno” e, in particolare, la specificazione delle finalità che gli sono attribuite indicano che nelle banche i controlli non si risolvono in un mero giudizio *ex post* di conformità, ma costituiscono un presupposto essenziale per il perseguimento della sana e prudente gestione.

Infatti, il sistema di controllo interno deve mirare a garantire non solo la “conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne” (la cui verifica può avvenire soprattutto grazie a un controllo effettuato successivamente all’assunzione delle decisioni e in un’ottica meramente sanzionatoria), ma anche l’“efficacia e l’efficienza dei processi aziendali” e quindi presuppone il coinvolgimento e la collaborazione del soggetto controllante già nel momento in cui tali processi aziendali vengono strutturati¹⁹.

In altre parole, si pone l’esigenza di assicurare *ex ante* una chiara ripartizione di ruoli e competenze nelle attività di gestione, operative e di controllo, in modo che le stesse, onde evitare inutili e dannose sovrapposizioni, siano tra loro coordinate; che i processi decisionali siano oggettivizzati in modo tale che per quanto possibile le scelte, anche quelle gestionali, non siano fondate solo su valutazioni del tutto discrezionali, bensì su criteri predeterminati; e, infine, che queste scelte siano tracciabili affinché si possano ricostruire le eventuali responsabilità²⁰.

l’affidabilità dell’informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne”. Quanto invece alle società non quotate, la norma 3.5 dei principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili stabilisce che il sistema di controllo interno “può essere definito come l’insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall’impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi:

- obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del management alle direttive ricevute e all’oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli stakeholders;
- obiettivi operativi, volti a garantire l’efficacia e l’efficienza delle attività operative aziendali;
- obiettivi di reporting, volti a garantire l’attendibilità e l’affidabilità dei dati;
- obiettivi di conformità, volti a assicurare la conformità delle attività aziendali, alle leggi e ai regolamenti in vigore”.

¹⁹ Cfr. PALMA, *Il collegio sindacale nelle banche*, Milano, 2002, 31-32.

²⁰ Tali esigenze peraltro sono sottese a qualunque sistema di controllo interno che, anche nelle società “comuni”, possa ritenersi adeguato: di questo avviso, CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, 2007, 176; v. anche BERETTA,

A tale ultimo fine, un efficace sistema di controllo interno dovrebbe garantire una esaustiva e corretta analisi dei rischi e delle potenziali conseguenze di certe scelte sul patrimonio sociale in stretta correlazione con le peculiarità dell'attività svolta; il che è fondamentale affinché possa effettivamente attribuirsi una funzione preventiva al sistema di controllo perchè alla individuazione dei rischi deve poi seguire un'attenta ricerca e valutazione degli strumenti più idonei a contenerli e, laddove non sia possibile contenerli in modo adeguato, si dovrebbe fare in modo che tali rischi siano evitati da parte del *management*²¹.

La funzione preventiva e non solo *ex post* che il sistema di controllo interno si deve prefiggere è confermata anche dall'ulteriore obiettivo della "verifica sull'affidabilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali": esso deve infatti evitare che l'operato dei vari controllori (e, *in primis*, degli amministratori non esecutivi) sia viziato da asimmetrie informative e deve rappresentare, a favore di tutti coloro i quali fanno affidamento sulle informazioni contabili fornite dalla banca, una garanzia sul fatto che sia disponibile un sistema di rilevazione e di supervisione

Valutazione dei rischi e controllo interno, Milano, 2004, 59. Con specifico riferimento al sistema di controllo interno delle banche, le Istruzioni di Vigilanza prevedono che, "ferma restando l'autonoma responsabilità aziendale in ordine alle scelte effettuate in materia di assetto dei controlli interni, le banche pongono in essere soluzioni organizzative che:

- assicurino la necessaria separatezza tra le funzioni operative e quelle di controllo ed evitino situazioni di conflitto di interesse nell'assegnazione delle competenze;
- siano in grado di identificare, misurare e monitorare adeguatamente tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti operativi;
- stabiliscano attività di controllo a ogni livello operativo e consentano l'univoca e formalizzata individuazione di compiti e responsabilità, in particolare nei compiti di controllo e di correzione delle irregolarità riscontrate;
- assicurino sistemi informativi affidabili e idonee procedure di reporting ai diversi livelli direzionali ai quali sono attribuite funzioni di controllo;
- garantiscano che le anomalie riscontrate dalle unità operative, dalla funzione di revisione interna o da altri addetti ai controlli siano tempestivamente portate a conoscenza di livelli appropriati dell'azienda (del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, se significative) e gestite con immediatezza;
- consentano la registrazione di ogni fatto di gestione e, in particolare, di ogni operazione con adeguato grado di dettaglio, assicurandone la corretta attribuzione sotto il profilo temporale".

²¹ Di seguito si riporta il disposto delle linee applicative pubblicate in data 11 gennaio 2012 in merito alle Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche del 4 marzo 2008: "per garantire un governo efficace, unitario e coerente dei rischi, sono necessari una chiara determinazione ex ante dei livelli di rischio ritenuti adeguati e sostenibili, in linea con gli indirizzi della programmazione strategica [e] un approccio integrato ai rischi, nella loro più ampia accezione (rischi di credito, di mercato, operativi, reputazionali, di liquidità, funding etc.)".

contabile efficiente e in grado di prevenire frodi e manipolazioni funzionali a nascondere perdite.

Infine, la duplice funzione, preventiva ed *ex post*, del sistema di controllo posto all'interno delle banche si esplica anche attraverso la "*salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite*": obiettivo che non può che essere perseguito anzitutto in un momento precedente quello in cui la perdita possa verificarsi e poi, ove sia necessario *ex post* eliminare e impedire ulteriori perdite, attraverso un tempestivo intervento degli organi e delle funzioni del sistema di controllo interno per porvi rimedio.

1.2. Segue

Occorre ora soffermarsi su quali sono gli organi e le funzioni del sistema di controllo interno, e su quali sono i loro compiti e le loro responsabilità.

Il sistema dei controlli interni è un processo che presuppone il coinvolgimento di diverse funzioni, più precisamente articolate in tre sottosistemi:

(i) I controlli di linea (o di "primo livello"), che sono quella serie di verifiche di *routine* compiute sia da chi svolge una determinata attività nell'ambito di una struttura produttiva, sia da chi ne ha la responsabilità di supervisione, rimanendo però, anche se a livelli gerarchici differenti, sempre nell'ambito della stessa unità organizzativa²².

²² Come definiti dalle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, par. 1, "i controlli di linea [sono] diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Essi sono effettuati dalle stesse strutture produttive (ad es., i controlli di tipo gerarchico) o incorporati nelle procedure ovvero eseguiti nell'ambito dell'attività di back-office". La Circolare 263, nel Titolo V, Capitolo 7, Sezione I, par. 6, precisa che "le strutture operative sono le prime responsabili del processo di gestione dei rischi: nel corso dell'operatività giornaliera tali strutture devono identificare, misurare o valutare, monitorare, attenuare e riportare i rischi derivanti dall'ordinaria attività aziendale in conformità con il processo di gestione dei rischi; esse devono rispettare i limiti operativi loro assegnati coerentemente con gli obiettivi di rischio e con le procedure in cui si articola il processo di gestione dei rischi".

(ii) I controlli sulla gestione dei rischi (o di “secondo livello”), che sono demandati a strutture diverse da quelle produttive e, da una parte, concorrono “*alla definizione di metodologie di misurazione dei rischi*”, attuando così un controllo in una fase antecedente all’assunzione dei rischi, e, dall’altra, a controllare che le politiche di rischio approvate dalla banca siano concretamente rispettate (c.d. “controllo verificativo-successivo”)²³.

(iii) La revisione interna (o “Internal audit”), che deve essere svolta da strutture (interne e/o esterne) diverse e gerarchicamente indipendenti da quelle produttive e che ha il compito di rilevare irregolarità, violazioni di procedure e di regolamenti, di verificare il rispetto delle linee-guida impartite dal *management*, nonché di svolgere un ruolo di consulenza e supporto agli organi societari sul funzionamento del sistema di controlli interni²⁴.

Le Istruzioni di Vigilanza attribuiscono specifiche responsabilità anche agli organi di governo societario, che assumono così un ruolo di primaria importanza all’interno del sistema dei controlli.

In particolare, il Consiglio di Amministrazione ha principalmente il compito di:

²³ Le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, par. 1, prevedono che “i controlli sulla gestione dei rischi [...] hanno l’obiettivo di concorrere alla definizione delle metodologie di misurazione del rischio, di verificare il rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative e di controllare la coerenza dell’operatività delle singole aree produttive con gli obiettivi di rischio rendimento assegnati. Essi sono affidati a strutture diverse da quelle produttive”. Facendo specifico riferimento alla funzione di *compliance*, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione I, par. 6, precisa che i controlli di secondo livello devono anche assicurare la “conformità dell’operatività aziendale alle norme, incluse quelle di autoregolamentazione”.

²⁴ Come stabilito dalle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, par. 1, “l’attività di revisione interna [è] volta a individuare andamenti anomali, violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare la funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni. Essa è condotta nel continuo, in via periodica o per eccezioni, da strutture diverse e indipendenti da quelle produttive, anche attraverso verifiche in loco”. Le competenze dell’Internal Audit non sono state modificate nella sostanza dall’integrazione del 2 luglio 2013 della Circolare n. 263 del 2006 posto che si è previsto che la funzione di revisione interna è volta “a individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l’adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l’affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo (ICT audit), con cadenza prefissata in relazione alla natura e all’intensità dei rischi”.

- approvare strategie e politiche di rischio, nonché la struttura organizzativa della banca;
- assicurarsi che i compiti e le responsabilità siano allocati in modo chiaro e appropriato;
- verificare che l'Alta Direzione definisca l'assetto dei controlli interni in coerenza con la propensione al rischio prescelta;
- verificare che le funzioni di controllo siano adeguatamente autonome e dotate di risorse adeguate;
- assicurarsi che venga definito un sistema informativo completo e tempestivo;
- assicurarsi che l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e che le risultanze di tale valutazione siano fornite al Consiglio stesso; e, qualora vengano riscontrate delle criticità, ha il compito di assicurarsi che vengano adottate con tempestività idonee misure correttive²⁵.

²⁵ Cfr. Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, par. 1.1. Occorre poi richiamare quanto previsto nell'ambito della Circolare 263 del 2006, dove, nel capitolo 7 inserito il 2 luglio 2013 nell'ambito del Titolo V, sono sostanzialmente confermate le competenze richiamate nel testo e sono stati specificati ulteriori compiti dell'organo con funzione di supervisione strategica (e, cioè, nel sistema tradizionale, del Consiglio di Amministrazione). Infatti, viene previsto che il consiglio “- definisce e approva:

- a) il modello di business avendo consapevolezza dei rischi cui tale modello espone la banca e comprensione delle modalità attraverso le quali i rischi sono rilevati e valutati;
- b) gli indirizzi strategici e provvede al loro riesame periodico, in relazione all'evoluzione dell'attività aziendale e del contesto esterno, al fine di assicurarne l'efficacia nel tempo;
- c) gli obiettivi di rischio, la soglia di tolleranza (ove identificata) e le politiche di governo dei rischi;
- d) le linee di indirizzo del sistema dei controlli interni, verificando che esso sia coerente con gli indirizzi strategici e la propensione al rischio stabiliti nonché sia in grado di cogliere l'evoluzione dei rischi aziendali e l'interazione tra gli stessi;
- e) i criteri per individuare le operazioni di maggiore rilievo da sottoporre al vaglio preventivo della funzione di controllo dei rischi”.

Inoltre, il Consiglio è chiamato ad approvare: (i) “la costituzione delle funzioni aziendali di controllo, i relativi compiti e responsabilità, le modalità di coordinamento e collaborazione, i flussi informativi tra tali funzioni e tra queste e gli organi aziendali”; (ii) “le politiche e i processi di valutazione delle attività aziendali, e, in particolare, degli strumenti finanziari, verificandone la costante adeguatezza”; (iii) “i limiti massimi all'esposizione della banca verso strumenti o prodotti finanziari di incerta o difficile valutazione”; (iv) “il processo per lo sviluppo e la convalida dei sistemi interni di misurazione dei rischi non utilizzati a fini regolamentari ne valuta periodicamente il corretto funzionamento”; (v) “il processo per l'approvazione di nuovi prodotti e servizi, l'avvio di nuove attività, l'inserimento in nuovi mercati”; (vi) “la politica aziendale in

All'Alta Direzione (ovverosia l'amministratore delegato, il direttore generale e l'alta direzione che svolge funzioni di gestione) compete invece:

- individuare e valutare i fattori di rischio che possono incidere sull'operatività della banca;
- definire nel dettaglio l'assetto dei controlli interni e le funzioni attribuite alle unità organizzative competenti sui controlli, e di adeguarlo ove necessario;
- verificare nel continuo la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia complessiva del sistema dei controlli interni;
- definire i flussi informativi volti ad assicurare al Consiglio di Amministrazione, o agli organi da esso delegati, piena conoscenza dei fatti rilevanti²⁶.

materia di esternalizzazione di funzioni aziendali"; (vii) "al fine di attenuare i rischi operativi e di reputazione della banca e favorire la diffusione di una cultura dei controlli interni, un codice etico cui sono tenuti a uniformarsi i componenti degli organi aziendali e i dipendenti. Il codice definisce i principi di condotta (ad es., regole deontologiche e regole da osservare nei rapporti con i clienti) a cui deve essere improntata l'attività aziendale".

²⁶ Le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, par. 1.1 (poi sostanzialmente confermate dalla Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, seppur con una diversa formulazione) stabiliscono che "l'alta direzione predispone le misure necessarie ad assicurare l'istituzione e il mantenimento di un sistema dei controlli interni efficienti ed efficaci. In particolare:

- assicura un'efficace gestione dell'operatività e dei connessi rischi, definendo politiche e procedure di controllo appropriate;
- verifica nel continuo, anche alla luce dei cambiamenti delle condizioni interne ed esterne in cui opera la banca, la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia complessiva del sistema dei controlli interni, provvedendo altresì al suo adeguamento per gestire rischi nuovi ovvero migliorare il controllo di quelli già noti;
- individua e valuta, anche sulla base dell'analisi degli andamenti gestionali e degli scostamenti dalle previsioni, i fattori da cui possono derivare rischi;
- definisce i compiti delle unità operative dedicate alle funzioni di controllo, assicurando che le varie attività siano dirette da personale qualificato, in possesso di esperienza e conoscenze tecniche. In tale ambito, vanno individuate e ridotte al minimo le aree di potenziale conflitto di interesse;
- stabilisce canali di comunicazione efficaci al fine di assicurare che tutto il personale sia a conoscenza delle politiche e delle procedure relative ai propri compiti e responsabilità;
- definisce i flussi informativi volti ad assicurare al consiglio di amministrazione, o agli organi da esso delegati, piena conoscenza e governabilità dei fatti aziendali".

Con riferimento infine al Collegio Sindacale, le Istruzioni di Vigilanza stabiliscono che i suoi componenti debbano *“valuta[re] il grado di efficienza e di adeguatezza del sistema dei controlli interni, con particolare riguardo al controllo dei rischi, al funzionamento dell’Internal Audit e al sistema informativo-contabile”*; specificando poi che, per lo svolgimento di tali mansioni, il Collegio Sindacale *“si avvale di tutte le unità delle strutture organizzative che assolvono funzioni di controllo, prima fra tutte l’Internal Audit”* e interloquisce stabilmente con Banca d’Italia cui viene assicurato un flusso informativo continuo²⁷.

Orbene, l’elencazione che precede sembra attribuire specifiche competenze a ciascun organo e funzione che compone il sistema di controllo, con la conseguenza che le stesse dovrebbero in concreto tradursi in ruoli (e responsabilità) ben distinti tra loro onde evitare il rischio di sovrapposizioni che invece nella pratica sorgono proprio con riferimento alle tradizionali competenze affidate al Collegio Sindacale. Sovrapposizioni, queste, le cui cause, come si avrà modo di approfondire di qui a poco, sono dovute al fatto che le funzioni che compongono il sistema di controllo interno svolgono un tipo di controllo che è orientato sia all’*“efficienza della gestione”* - quindi è effettuato a favore dei *managers* in quanto diretto a fornire loro le informazioni di cui gli stessi necessitano per gestire correttamente²⁸ - sia alla

²⁷ Così le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, par. 1.1. Questa formulazione è stata confermata con la Circolare 263 e, precisamente, nel Titolo V, Capitolo 7, par. 4, dove si prevede che *“l’organo con funzione di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF [il c.d. “risk appetite framework”]”*; inoltre, viene stabilito che *“nelle banche che adottano sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, l’organo con funzione di controllo, avvalendosi dell’apporto delle funzioni aziendali di controllo, vigila - nell’ambito della più generale attività di verifica del processo di gestione dei rischi - sulla completezza, adeguatezza, funzionalità, affidabilità, dei sistemi stessi e sulla loro rispondenza ai requisiti previsti dalla normativa”*.

²⁸ Come osservato da IRRERA, (nt. 16), 171-173, il sistema di controllo interno deve prefiggersi l’obiettivo di garantire un corretto ed efficace *“controllo gestionale aziendale”*, che può definirsi *“come l’insieme delle direttive, procedure e tecniche che permettono di programmare e successivamente controllare, su base periodica e in modo sistematico, le operazioni aziendali allo scopo di raggiungere gli obiettivi di gestione prefissati”*. L’Autore ricorda inoltre a p. 16 che l’esigenza di predisporre degli assetti organizzativi e di controllo per garantire una maggiore informativa verso il *management* era stato percepito già negli anni ‘50 da Mengoni (nel suo articolo *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, 689 ss. e 700) il quale *“osservava che i problemi dell’azione economica sono divenuti così complessi e tecnicamente complicati, che i membri dell’alta direzione dell’impresa non possono disporre direttamente di tutti i dati e di tutte le conoscenze necessarie per la soluzione. Essi devono perciò*

“corretta gestione” - quindi effettuato sui *managers* in quanto diretto ad acquisire informazioni sulla correttezza della loro gestione e sul modo in cui la stessa è contabilmente descritta²⁹.

Preso atto di questa “dicotomia”, i controlli “sulla corretta gestione” devono essere posti sotto la responsabilità di un organo indipendente, come appunto il Collegio Sindacale, così da consentire il coordinamento dei compiti affidati alle funzioni che compongono il sistema di controllo interno e nel contempo prevenire forme di condizionamento, più o meno intenso, da parte dei *managers* che sono proprio coloro i quali devono essere oggetto del controllo³⁰.

1.3. Il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione. Il rapporto con il Collegio Sindacale

Il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione sono i primi responsabili del sistema dei controlli e, perché venga realizzato e gestito un sistema di controlli efficace, risulta decisiva l'importanza che gli stessi attribuiscono al sistema stesso e alle finalità a esso assegnate.

In primo luogo, si deve ricordare che l'individuazione dei rischi bancari e la definizione nel dettaglio del sistema del controllo interno sono poste in capo all'Alta Direzione: l'intervento del Consiglio di Amministrazione è quindi successivo rispetto a quello dell'Alta Direzione ed è funzionale solo alla mera approvazione dell'assetto organizzativo e di controllo³¹.

procurarsi la collaborazione di un corpo sempre più vasto di esperti e di specialisti. Il risultato è che le decisioni della direzione sono non di rado quasi predeterminate dall'attività preparatoria svolta dai vari uffici tecnici dell'impresa”.

²⁹ Cfr., seppur con riferimento al sistema dei controlli nelle società “comuni” diverse da quelle bancarie, DENOZZA, *Conflitti e controlli in una società per azioni “complessa”*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 130; dello stesso avviso, anche SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 52-53.

³⁰ V. ancora DENOZZA, (nt. 29), 130, il quale ritiene che debba essere attribuito al Collegio Sindacale “il potere di gestire non solo l'organizzazione del lavoro, ma anche assunzioni, stipendi e carriere dei componenti degli apparati di controllo della società”.

³¹ Come stabilito dalla Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione I, par. 2, il Consiglio di Amministrazione si limita ad approvare “gli obiettivi di rischio, la soglia di tolleranza (ove

Come stabilito sia dalle Istruzioni di Vigilanza sia dalla Circolare di Banca d'Italia n. 263, al Consiglio di Amministrazione è infatti richiesto di verificare che l'Alta Direzione definisca l'assetto dei controlli interni in coerenza con la propensione al rischio prescelta, mentre la "verifica nel continuo" della funzionalità e dell'adeguatezza di tale sistema è di competenza dell'Alta Direzione che vi provvede sia adeguandolo per gestire i nuovi rischi sia incrementando i presidi relativi a rischi già noti³².

L'unico parametro a cui deve attenersi l'Alta Direzione è appunto quello della coerenza con la politica di rischio prescelta (il c.d. *risk appetite framework*): ma poiché la predisposizione della politica di gestione - e la stessa individuazione - dei diversi profili di rischio è sostanzialmente di competenza del *top management*, tale limite potrebbe di fatto risultare poco incisivo.

In altre parole, il Consiglio di Amministrazione ricopre un ruolo marginale rispetto all'Alta Direzione a cui, invece, è concessa un'ampia autonomia che potrebbe ritenersi giustificabile e forse auspicabile soltanto se si considera che i soggetti competenti a definire gli assetti di controllo sono proprio quei *manager* che si occupano *day by day* della gestione della società e che, nell'attuazione delle strategie globali, devono implementare dei procedure di controllo volte a rilevare come le

identificata) e le politiche di governo dei rischi" e "le linee di indirizzo del sistema dei controlli interni, verificando che esso sia coerente con gli indirizzi strategici e la propensione al rischio stabiliti". Una simile ripartizione di poteri è riscontrabile anche con riferimento alle competenze in merito ai sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali: infatti, il Consiglio "approva l'adozione dei suddetti sistemi. In particolare, approva la scelta del sistema ritenuto idoneo e il relativo progetto in cui sono pianificate le attività connesse con la sua predisposizione e messa in opera, individuate le responsabilità, definiti i tempi di realizzazione, determinati gli investimenti previsti in termini di risorse umane, finanziarie e tecnologiche [...]"; mentre è di competenza dell'Alta Direzione "stabilire le responsabilità delle strutture e delle funzioni aziendali coinvolte nel processo di gestione dei rischi".

³² La Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, par. 2 prevede che l'Alta Direzione "pone in essere le iniziative e gli interventi necessari per garantire nel continuo la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità del sistema dei controlli interni e porta i risultati delle verifiche effettuate a conoscenza dell'organo con funzione di supervisione strategica"; nonchè "predisporre e attua i necessari interventi correttivi o di adeguamento nel caso emergano carenze o anomalie, o a seguito dell'introduzione di nuovi prodotti, attività, servizi o processi rilevanti".

singole unità operative portano avanti i compiti impartiti e a individuare i fattori di rischio che incidono negativamente su di esse³³.

Invero, il Consiglio di Amministrazione non è privo di poteri in tema di assetti di controllo, posto che deve sorvegliare, e quindi sottoporre a revisione ove ne ravvisi la necessità, le decisioni dell'Alta Direzione in relazione alla struttura organizzativa della banca: infatti, le Istruzioni di Vigilanza e la Circolare n. 263 attribuiscono specificatamente al Consiglio di Amministrazione il compito di verificare che alle diverse funzioni di controllo sia attribuito un grado di autonomia appropriato e siano assegnate risorse adeguate, il che evidentemente rappresenta un limite in grado di condizionare l'autonomia decisionale dell'Alta Direzione che ha il dovere di attenersi ai rilievi che in proposito giungano da parte del Consiglio³⁴.

Non meno limitativa della sovranità dell'Alta Direzione è poi la normativa ordinaria in quanto, ai sensi dell'art. 2381 comma 3 cod. civ., stabilisce che il Consiglio di Amministrazione *“può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega”*. Queste disposizioni, a differenza di quelle contenute nella normativa settoriale, implicano che il Consiglio di Amministrazione potrebbe, almeno astrattamente, svolgere in prima persona tutte o parte delle attività dirette alla predisposizione e alla verifica continuativa del sistema di controllo interno, così annullando o quantomeno riducendo la vasta autonomia che è normalmente riconosciuta all'Alta Direzione.

³³ Così PARMEGGIANI, *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 309-310. Del resto, come sottolineato da IRRERA, (nt. 16), 259-260, l'opportunità di attribuire la competenza a predisporre gli assetti in capo agli amministratori delegati è giustificata dal fatto che si *“esige un disegno unitario, una mens unica: un obbligo da esercitarsi ad opera di chi - essendo incaricato della gestione operativa dell'attività d'impresa - sia nella posizione ideale per progettare e attuare un'efficiente architettura concernente i profili organizzativi, amministrativi e contabili della società”*.

³⁴ A tal fine, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, prevede che il Consiglio di Amministrazione deve verificare che il sistema di controllo interno *“sia in grado di cogliere l'evoluzione dei rischi aziendali e l'interazione tra gli stessi”*; inoltre, le Istruzioni di Vigilanza impongono al Consiglio di assicurare che *“la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutati e che i risultati del complesso delle verifiche siano portati a conoscenza del Consiglio medesimo”*. Anche se tale ultimo compito non implica un potere di valutazione continuativo e diretto del sistema dei controlli interni, il Consiglio deve accertare che questa valutazione sia fatta dai soggetti cui compete che, se davvero indipendenti rispetto al *top management*, possono garantire una valutazione oggettiva e imparziale: mi riferisco ai componenti del Collegio Sindacale, naturalmente supportati in questa attività valutativa dall'Internal audit e dalle altre funzioni del sistema di controllo interno.

Ciò premesso, si potrebbe ritenere che per rendere efficiente la verifica “continua” del sistema di controllo interno, la soluzione non dovrebbe essere comunque quella di affidare tale competenza al Consiglio di Amministrazione, ma quella di assicurare una verifica più completa, costante e tecnicamente più specifica attraverso la creazione di uno “special committee” cui affidare il compito di effettuare su base continuativa e diretta gli adeguamenti del sistema di controllo eventualmente necessari, ferma la successiva approvazione del Consiglio di Amministrazione³⁵.

E ciò perchè i consiglieri di amministrazione potrebbero trovare difficoltà nel rilevare anomalie e inefficienze nell’applicazione della politica di gestione dei rischi bancari e nello svolgimento delle attività della struttura di controllo (se non nei casi di macroscopica ed evidente inadeguatezza delle stesse), mentre un simile *committee*, ove fosse formato da soggetti dotati di competenze tecniche specifiche e ben più ampie di quelle richieste al consigliere di amministrazione³⁶, potrebbe assolvere in modo professionale all’onere di un continuo monitoraggio e di un effettivo coordinamento con l’Internal audit, il *risk management* e il Collegio Sindacale che sono - o, quantomeno, dovrebbero essere - oggettivi e imparziali nella loro attività di controllo sull’operato dell’Alta Direzione³⁷. A una simile conclusione

³⁵ Questa soluzione è suggerita anche dalle Disposizioni di Vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007 con specifico riferimento agli adeguamenti e ai correttivi da apportare ai controlli di secondo livello e, in particolare, alla funzione di *compliance*. Infatti, in quel contesto, Banca d’Italia prevede che “almeno una volta l’anno il consiglio di amministrazione, sentito il collegio sindacale, valuta l’adeguatezza della funzione di conformità alle norme e a tal fine può avvalersi di un comitato costituito al suo interno”.

³⁶ Come stabilito dalla Circolare di Banca d’Italia n. 229 Titolo II Capitolo 2 art. 1, “i consiglieri di amministrazione delle banche costituite in forma di società per azioni e delle banche popolari devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza fra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l’esercizio di:

- a) attività di amministrazione o di controllo ovvero compiti direttivi presso imprese;
- b) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all’attività della banca;
- c) attività d’insegnamento universitario in materie giuridiche o economiche;
- d) funzioni amministrative o dirigenziali presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo ovvero presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni che non hanno attinenza con i predetti settori purché le funzioni comportino la gestione di risorse economico-finanziarie”.

³⁷ HOPT, *Better Governance of Financial Institutions*, *Ecgi Law working paper n. 207*, 2013, 11, osserva che una delle principali cause della recente crisi finanziaria è stata proprio la mancanza di adeguate competenze da parte dei consiglieri di amministrazione delle banche. Infatti “many

si potrebbe giungere con riferimento pure alla previsione contenuta nelle Istruzioni di Vigilanza e nella Circolare n. 263 secondo cui le banche devono procedere preventivamente all'individuazione dei rischi: anche in questo caso, infatti, potrebbe essere difficile individuare nel Consiglio di Amministrazione un filtro capace di scongiurare l'assunzione di certi rischi che - come già avvenuto con riferimento all'utilizzo di determinati prodotti finanziari o l'implementazione di operazioni connotate da scarsa trasparenza - non sono neanche percepiti e talvolta sono stati trascurati dall'Alta Direzione con effetti negativi magari non reversibili³⁸.

In quest'ottica, si è osservato che una soluzione potrebbe essere quella suggerita nell'ordinamento inglese dalla Recommendation 23 del Walker Review che propone, ancorché solo in via facoltativa, l'istituzione nei consigli di amministrazione delle banche quotate, di un *risk committee* - separato e diverso dal Comitato Controllo e Rischi la cui funzione, come si dirà in seguito, è meramente istruttoria - cui sono attribuite responsabilità di controllo in merito alla definizione delle strategie future di rischio e al contenimento dello stesso³⁹.

bank board members were just not qualified enough to know, understand, and deal with the complexities and risks of modern banking. This led to failures, even in firms and banks where the board was composed according to all good corporate governance standards that were valid at the time". A supporto della sua opinione, l'Autore richiama gli esiti di una ricerca condotta da HAU e THUM, *Subprime Crisis and Board (In)Competence: Private vs. Public Banks in Germany*, *Insead Working paper no. 45/2010*, reperibile su www.ssm.com e afferma che "the correlation between the losses of the banks and the qualification and experience of the bank directors was statistically highly significant and indicated causality between the two".

³⁸ In proposito si richiama quanto affermato da HOPT, (nt. 37), 11: "during the financial crisis it came to light that many [...] risks had been neglected, underestimated, or - particularly in the case of systemic risks - not understood and taken into consideration. It is telling that the Basel Committee's eight principles for good corporate governance of banks in 2006, the word "risk" does not appear at all, while in its fourteen principles of 2010 it appears in nine of the fourteen principles". Come osservato da ABRIANI, (nt. 17), 4, nel nostro ordinamento c'è già una norma che di per sé impone agli amministratori una maggiore attenzione ai rischi assunti dalla società: e cioè l'art. 2428 c.c., il cui dettato è stato modificato dal d.lgs. n. 32/2007, che obbliga gli amministratori a segnalare "i principali rischi e incertezze cui la società è esposta" e indicare, con specifico riferimento all'utilizzo di strumenti finanziari, "le politiche della società in materia di gestione del rischio finanziario, compresa la politica di copertura per ciascuna principale categoria di operazioni previste", nonché "l'esposizione della società al rischio di prezzo, al rischio di credito, al rischio di liquidità e al rischio di variazione dei flussi finanziari".

³⁹ WALKER REVIEW, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities, Final recommendations, 26 november 2009, Recommendation 23*. Di questo avviso, anche il Comitato di Basilea che al principio n. 52 del documento "Principles for enhancing corporate governance" pubblicato nell'ottobre del 2010 ha ritenuto "appropriata" l'istituzione di un speciale comitato rischi nell'ambito del consiglio di amministrazione.

L'attribuzione di tali competenze in capo a un comitato *ad hoc* potrebbe, da un lato, presentare degli aspetti negativi, consentendo una grave e dannosa deresponsabilizzazione del Consiglio di Amministrazione rispetto a un profilo gestionale di particolare importanza strategica come quello della supervisione sui rischi che la società voglia e possa assumere; ma, dall'altro lato, rappresenterebbe una soluzione giustificata dal fatto che la materia del controllo dei rischi è altamente specialistica, specie nelle realtà bancarie più complesse ove sono richieste

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di nominare un amministratore quale chief risk officer; soluzione, questa, che invece, come segnalato da HOPT, (nt. 37), 26-27, era stata implementata prima del 2007 solo in una banca tra le 25 più grandi entità bancarie europee. Naturalmente, si dovrebbero prevedere meccanismi tali da garantire l'indipendenza di questa figura: a tal fine, sarebbe fondamentale prevedere dei presidi idonei a evitare una revoca ingiustificata del chief risk officer, come, per esempio, l'obbligo di ottenere il consenso di una maggioranza "qualificata" di amministratori oppure l'imposizione di obblighi informativi al pubblico sui motivi che hanno comportato la revoca del soggetto responsabile (di questo avviso, Comitato di Basilea, "Principles for enhancing corporate governance", Ottobre 2010, principio n. 74).

In questa direzione, sembra orientato il Codice di Autodisciplina per le società quotate: infatti, all'art. 7, si richiede al consiglio di amministrazione di individuare al proprio interno un amministratore incaricato dell'istituzione e del mantenimento del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi; e si prevede che " il consiglio [possa] design[are] più amministratori incaricati: ad esempio, a un amministratore con delega all'amministrazione, finanza e controllo potrebbero essere attribuiti compiti relativi a tali aree di rischio, mentre a un amministratore con delega alla gestione aziendale potrebbero essere attribuiti compiti relativi al controllo dei rischi operativi. L'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi può essere, alternativamente, un amministratore già investito di deleghe operative ovvero un amministratore non destinatario di altre deleghe, che sia ritenuto particolarmente adatto allo svolgimento della funzione sopra indicata, il quale per effetto dell'incarico ricevuto dovrebbe essere qualificato come esecutivo. La scelta di affidare l'incarico in questione a un amministratore investito di deleghe operative può presentare vantaggi legati alle specifiche conoscenze possedute da tale soggetto". Come previsto nel principio 7.C.4. "l'amministratore incaricato del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi: a) cura l'identificazione dei principali rischi aziendali, tenendo conto delle caratteristiche delle attività svolte dall'emittente e dalle sue controllate, e li sottopone periodicamente all'esame del consiglio di amministrazione; b) dà esecuzione alle linee di indirizzo definite dal consiglio di amministrazione, curando la progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e verificandone costantemente l'adeguatezza e l'efficacia; c) si occupa dell'adattamento di tale sistema alla dinamica delle condizioni operative e del panorama legislativo e regolamentare; d) può chiedere alla funzione di internal audit lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative e sul rispetto delle regole e procedure interne nell'esecuzione di operazioni aziendali, dandone contestuale comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione, al presidente del comitato controllo e rischi e al presidente del collegio sindacale; e) riferisce tempestivamente al comitato controllo e rischi (o al consiglio di amministrazione) in merito a problematiche e criticità emerse nello svolgimento della propria attività o di cui abbia avuto comunque notizia, affinché il comitato (o il consiglio) possa prendere le opportune iniziative".

conoscenze e competenze che di rado sembrano appartenere a tutti i membri dell'organo amministrativo⁴⁰.

Ciò che potrebbe destare maggiori perplessità è piuttosto il fatto che, così facendo, si aggiungerebbe un altro organo nel già complesso reticolo di controlli interni che avrebbe l'effetto non tanto di deresponsabilizzare il Consiglio di Amministrazione, bensì quello di ampliare la responsabilità di quei consiglieri che ritengano di affidarsi agli esiti delle valutazioni del Committee, anche se dotato di funzioni meramente consultive, e quindi omettano di effettuare quelle verifiche critiche che comunque restano da loro dovute⁴¹.

Se questo fosse l'esito non voluto, basterebbe allora riconoscere un più incisivo potere di "voice" da parte di quelle funzioni nell'ambito del sistema di controllo interno che possono garantire un più indipendente, incisivo e continuativo monitoraggio rispetto a quello che potrebbero assicurare degli amministratori non esecutivi: e cioè, in particolare, alla funzione di *risk management* che non dovrebbe essere adibita a un mero e astratto calcolo dei diversi rischi o a una funzione di mero *reporting* agli organi amministrativi, ma (come si preciserà in seguito) potrebbe intervenire in maniera più incisiva nella fase di individuazione dei rischi e nella predisposizione delle politiche strategiche della banca⁴². In tale prospettiva diventa fondamentale il raccordo di questa funzione con il Consiglio di Amministrazione e con il Collegio Sindacale dato che, attraverso un flusso informativo continuo, le criticità derivanti da una assunzione di rischi eccessiva per la banca (o dall'inefficienza delle procedure volte al loro contenimento) sarebbero considerate durante il processo decisionale della società e quindi prima che possa concretizzarsi un danno per la società.

Il maggior coinvolgimento di organi e funzioni più autonomi rispetto all'organo amministrativo potrebbe così garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei controlli e in definitiva dovrebbe rappresentare il filo conduttore della ricostruzione delle

⁴⁰ Cfr. CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 674-675.

⁴¹ Di questo avviso ancora CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 2011, 675.

⁴² Non è un caso che la Circolare n. 263 del 2006 sia stata recentemente modificata con l'introduzione del capitolo 7 dedicato al sistema di controllo nel quale, al par. 6, esplicitamente si afferma che le funzioni preposte ai controlli di secondo livello, tra cui appunto il *risk management*, "concorrono alla definizione delle politiche di governo dei rischi e del processo di gestione dei rischi".

competenze affidate al Consiglio di Amministrazione in ambito bancario. Ma, si è visto che la scelta del Legislatore bancario è stata invece quella di riconoscere una competenza esclusiva in capo al Consiglio di Amministrazione e all'Alta Direzione; e ciò anche in merito alla collocazione organizzativa di alcune fondamentali funzioni del sistema di controllo interno.

Infatti, le decisioni e la supervisione sul controllo svolto dai controlli di secondo livello e dall'Internal audit sono lasciate sotto l'influenza diretta del Consiglio e dell'Alta Direzione cui è affidato il compito di nominare il responsabile della funzione, approvare il piano audit e le sue variazioni⁴³. Come si dirà più approfonditamente anche in seguito, il mantenimento di questo ruolo in capo agli amministratori e all'alta dirigenza - benchè coerente con la responsabilità di questi ultimi di gestire la società e quindi di decidere come in concreto organizzare gli assetti di controllo - non è condivisibile, poiché questi dovrebbero piuttosto avere un ruolo più marginale e tale da non minare la necessaria autonomia e indipendenza delle funzioni di controllo. Tali compiti potrebbero invero essere affidati non al Consiglio di Amministrazione e neanche all'Alta Direzione, ma proprio al Collegio Sindacale, così da prevenire l'insorgere di pressioni (più o meno palesi) da parte degli amministratori e rendendo veramente liberi i componenti delle funzioni anzidette di svolgere un efficace controllo a supporto sia degli amministratori non esecutivi sia dei componenti del Collegio Sindacale.

In questo modo, è vero che si ammetterebbe una ingerenza dei sindaci in una materia attinente alla gestione quale è la predisposizione degli assetti di controllo, ma si eviterebbe anche che il controllato (ossia, tra gli altri, Alta Direzione e Consiglio di Amministrazione) definisca i compiti del controllore, anzi decida lui stesso chi è il suo stesso controllore: un intreccio di interessi pericoloso, a cui sarebbe invece estraneo il Collegio Sindacale.

⁴³ Come previsto nella Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, par. 2, il Consiglio di Amministrazione "con cadenza almeno annuale, approva il programma di attività, compreso il piano di audit predisposto dalla funzione di revisione interna, e [...] approva altresì il piano di audit pluriennale".

1.4. Il Comitato Controllo e Rischi e le potenziali sovrapposizioni con il ruolo del Collegio Sindacale

Come noto, le banche che decidono di quotarsi su un mercato regolamentato possono, pur non essendovi obbligate, aderire al Codice di Autodisciplina e, quindi, istituire il c.d. “comitato per il controllo interno” (o, come definito dalle nuove disposizioni autoregolamentari di recente pubblicazione, il “Comitato Controllo e Rischi”⁴⁴) che deve essere composto da amministratori non esecutivi e indipendenti⁴⁵.

Si tratta di un “organo” appunto eventuale, ma che nei fatti si rivela fondamentale ai fini dell’efficienza del sistema di controllo, essendo il suo scopo quello di svolgere tutta l’attività istruttoria preliminare alle deliberazioni in materia del Consiglio⁴⁶.

In particolare, al Comitato Controllo e Rischi spetta il compito di assistere il Consiglio di Amministrazione nel definire le linee di indirizzo del sistema di controllo interno, esprimendo pareri su aspetti specifici inerenti l’identificazione dei principali rischi aziendali e il monitoraggio e la gestione degli stessi; inoltre, deve valutare, insieme con il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, i revisori e il Collegio Sindacale, il corretto utilizzo dei principi contabili, esaminare e approvare il piano audit predisposto dalla funzione di Internal audit sul quale riferisce al Consiglio e vigilare sull’efficacia del processo di revisione

⁴⁴ Il Codice di Autodisciplina è stato approvato per la prima volta nel marzo del 2006 e successivamente modificato nel marzo 2010 e poi nel dicembre 2011. Come viene precisato nel commento all’art. 7, la nuova denominazione “comitato controllo e rischi” “intende sottolineare, di nuovo, la centralità dei rischi e differenziare quest’organismo dal “comitato per il controllo interno e la revisione contabile”, imposto dalla recente normativa in tema di revisione contabile, le cui incombenze rimangono ben distinte rispetto alle esigenze istruttorie dell’organo amministrativo”.

⁴⁵ Si segnala che, salvo nel caso in cui si tratti di una società controllata da altra società quotata o sottoposta ad attività di direzione e coordinamento, il Comitato non necessariamente è composto soltanto da amministratori indipendenti, ma può essere formato anche da amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti.

⁴⁶ Infatti, il Codice di Autodisciplina, al principio 7.P.3., prevede che il Comitato Controllo e Rischi ha “il compito di supportare, con un’adeguata attività istruttoria, le valutazioni e le decisioni del consiglio di amministrazione relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi...”.

contabile. Infine, valuta, con cadenza almeno annuale, l'adeguatezza, l'efficacia e l'effettivo funzionamento del sistema di controllo interno⁴⁷.

Da ciò sembra potersi dedurre che il Codice di Autodisciplina abbia concepito il comitato come l'articolazione del Consiglio di Amministrazione volta a presiedere tutto il sistema di controllo, rappresentando il collegamento tra i soggetti che svolgono le singole mansioni di monitoraggio e gli amministratori⁴⁸: in questo senso, la sua presenza contribuisce ad attribuire al sistema di controllo interno la qualifica di controllo "per l'amministrazione", e cioè di un controllo funzionale a fornire le informazioni necessarie per gestire correttamente e a migliorare gli assetti organizzativi e di controllo precedentemente predisposti.

Una prima analisi dei compiti attribuiti al Comitato Controllo e Rischi potrebbe però indurre a ritenere che vi siano (almeno potenzialmente) delle sovrapposizioni con le attività che sono affidate al Collegio Sindacale nelle banche⁴⁹; e ciò, in particolare, con riferimento alla valutazione del grado di efficienza e di adeguatezza del sistema di controllo interno che in ambito bancario è attribuita al Collegio Sindacale, ma che parallelamente è attribuita dal Codice di Autodisciplina anche al Comitato Controllo e Rischi.

Per superare questa potenziale sovrapposizione di ruoli, si è obiettato che le due valutazioni provenienti dal Collegio Sindacale e dal Comitato dovrebbero ritenersi differenti nel senso che il primo sarebbe competente esclusivamente a valutare gli assetti sotto il profilo della conformità alla legge e all'atto costitutivo, mentre il

⁴⁷ Cfr. principio 7.C.2 del Codice di Autodisciplina.

⁴⁸ Cfr. PARMEGGIANI, (nt. 33), 315. Del resto, come osservato dall'Autore a p. 313, "nella tradizione anglosassone l'audit committee è un sotto-organo nato per assicurare un ottimale svolgimento della funzione di supervisione su tutto il sistema di controllo interno".

⁴⁹ CHIAPPETTA, (nt. 20), 176, osserva che "la contiguità delle attività dei due organi può risultare ancor più marcata all'interno delle società quotate che sono chiamate a confrontarsi con sistemi diversi di corporate governance: il che accade, ad esempio, per quelle società che sono quotate anche al New York Stock Exchange ("registered foreign issuer") e che, per assicurare la *compliance* con il Sarbanes Oxley Act abbiano individuato nel collegio sindacale il soggetto chiamato a svolgere il ruolo di audit committee". Tanto è vero che anche nelle società "comuni" e non solo quelle bancarie si è proposto, onde evitare sovrapposizioni di ruoli, di circoscrivere il controllo del Collegio Sindacale al controllo di legalità sostanziale e attribuire soltanto al comitato audit il controllo sulla correttezza sull'adeguatezza delle procedure interne. In questo senso, MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 99-101.

secondo dovrebbe valutare gli assetti anche sotto il profilo dell'utilità e della convenienza⁵⁰.

E' però difficile individuare un *discrimen* con riferimento all'oggetto delle valutazioni posto che, in ambito bancario, è espressamente previsto che i sindaci devono giudicare anche sulla "efficienza" dell'assetto di controllo della società, sicchè la differenza tra le due valutazioni potrebbe piuttosto essere individuata nel fatto che sono effettuate in momenti diversi e hanno finalità differenti.

L'intervento del Comitato si esplica principalmente nel momento genetico delle decisioni del Consiglio di Amministrazione, cioè in un momento antecedente a quello in cui il Consiglio esercita il potere deliberativo, e ha una valenza propositiva e consultiva; e tale finalità meramente consultiva è riscontrabile anche quando il Comitato è chiamato a effettuare quella valutazione - avente, come statuito dalle Istruzioni di Vigilanza, "cadenza almeno annuale" - con riferimento all'adeguatezza, l'efficacia e l'effettivo funzionamento del sistema di controllo interno.

In altre parole, la valutazione del Comitato non può non essere considerata dal Consiglio di Amministrazione e dall'Alta Direzione, ma ha pur sempre un valore meramente istruttorio e non vincolante, non essendo attribuito al Comitato il potere di adottare autonomamente dei correttivi al sistema di controllo interno e, viceversa, di impedire al *top management* l'adozione di quei provvedimenti che lo stesso ritenga più opportuni, anche se non strettamente coerenti con le indicazioni pervenute dal Comitato.

L'attuale sistema normativo non consente infatti di sostenere che, laddove il Comitato individuasse delle anomalie, per solo questo fatto il Consiglio sarebbe tenuto ad adeguare il sistema di controllo interno: perchè ciò sarebbe in antitesi con quello che è il ruolo espressamente attribuito al Comitato in sede di sua

⁵⁰ In questo senso: BERTOLOTTI, (nt. 4), 295-296; PROVASOLI, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni dopo il d.lgs. 39/2010*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 108-109; PARMEGGIANI, (nt. 33), 327-328. Di questo avviso, anche il Codice di Autodisciplina che nel commento all'art. 8 segnala quanto segue: "il ruolo di vigilanza sulla conformità (alle norme, allo statuto, alle procedure interne), tipicamente affidato al collegio sindacale, [...] lo differenzia in modo netto rispetto al consiglio di amministrazione e al comitato controllo e rischi, i quali svolgono essenzialmente un ruolo di valutazione anche di merito sull'adeguatezza degli assetti e sull'andamento della gestione".

introduzione nell'ordinamento italiano, ovverosia di un organo meramente istruttorio e di supporto del Consiglio e che, salvo in taluni casi specifici ⁵¹, non può vincolare le valutazioni degli altri amministratori⁵².

Diversa sembra invece essere la forza vincolante che le Istruzioni di Vigilanza attribuiscono al Collegio Sindacale nella valutazione degli assetti di controllo rispetto alla valutazione affidata al Comitato Controllo e Rischi: nel senso che la valutazione sindacale, lungi dall'aver un carattere meramente istruttorio e funzionale solo a informare gli amministratori che decideranno se e come migliorare gli assetti da loro predisposti, ha la valenza di un parere che, come si cercherà di dimostrare in seguito, è vincolante per il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione e che è da considerare nell'adeguamento degli apparati organizzativi.

E' quindi proprio agli esiti della valutazione del Collegio Sindacale, supportato dalle altre funzioni del sistema di controllo interno, che sembrerebbero riferirsi le Istruzioni di Vigilanza e la Circolare n. 263 nel momento in cui impongono al Consiglio di Amministrazione di assicurarsi che, qualora vengano riscontrate delle criticità, si adottino immediatamente idonee misure correttive⁵³; e cioè a seguito della valutazione di un organo, quale è il Collegio Sindacale, la cui presenza nella

⁵¹ Ci si riferisce al parere in merito alla nomina e alla revoca del responsabile della funzione di Internal audit che, come stabilito dal Codice di Autodisciplina, è vincolante per il Consiglio di Amministrazione; come pure al potere che può essere attribuito al Comitato con riferimento alla disciplina delle operazioni con parti correlate. Per una approfondita analisi di questa disciplina, si rinvia a: STELLA RICHTER JR., *Regole delle procedure per le operazioni con parti correlate e modificazioni statutarie conseguenti*, in CARIELLO (a cura di), *Le operazioni con parti correlate*, Milano, 2011, 57 ss.; MIOLA, *Le operazioni con parti correlate*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 625 ss.; v., infine, MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 319 ss..

⁵² FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 19-20. Del resto, non è un caso che, come si vedrà di qui a poco, il Legislatore non ha attribuito agli amministratori indipendenti la possibilità di assumere il ruolo affidato dal D.lgs. 39/2010 al "comitato per il controllo interno e la revisione contabile": a quest'ultimo comitato sono infatti assegnati dei poteri di intervento sull'assetto organizzativo amministrativo e contabile alla società che certamente sono più ampi di quelli meramente istruttori e di supporto che distinguono il ruolo del Comitato Controllo e Rischi.

⁵³ La Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, prevede che il Consiglio di Amministrazione, "nel caso emergano carenze o anomalie, promuove con tempestività l'adozione di idonee misure correttive e ne valuta l'efficacia". Allo stesso modo, anche le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11 stabiliscono che il Consiglio "si assicura che la funzionalità, l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e [...] nel caso emergano carenze o anomalie, [deve] adotta[re] con tempestività idonee misure correttive".

governance “tradizionale” di una banca non è affatto lasciata all’autonomia statutaria, a differenza di quella del Comitato che è solo eventuale e presuppone una scelta volontaria della banca ⁵⁴.

Al di là di tale distinzione, resta comunque fondamentale un coordinamento tra Collegio Sindacale e Comitato così come suggerito anche dal Codice di Autodisciplina al criterio applicativo 7.c.3 secondo il quale “ai lavori del comitato controllo e rischi partecipa il presidente del collegio sindacale o altro sindaco da lui designato”⁵⁵ e al principio 8.C.5. dove si prevede che “il collegio sindacale e il comitato controllo e rischi si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l’espletamento dei rispettivi compiti”.

Come giustamente osservato, è quindi auspicabile un coordinamento tra i lavori del Collegio Sindacale e del Comitato Controllo e Rischi che ben potrebbe essere assicurato attraverso la partecipazione reciproca alle loro riunioni: “così facendo ciascuno dei due organi sarebbe immediatamente messo al corrente dell’attività dell’altro e verrebbe così incentivato un loro agire armonico, che si sostanzia nell’apporto congiunto delle competenze di entrambe le tipologie di controllori e quindi in una più completa tutela dell’interesse sociale”⁵⁶.

⁵⁴ Naturalmente nell’ipotesi in cui i soci non abbiano deciso di adottare un modello alternativo di *governance*.

⁵⁵ Cfr. ABRIANI, (nt. 17), 19.

⁵⁶ Così, PARMEGGIANI, (nt. 33), 331; nello stesso senso, BERTELOTTI, (nt. 4), 295-296.

Il coordinamento tra Comitato e Collegio Sindacale è fondamentale anche per il corretto adempimento del dovere imposto al Comitato di esprimere un parere su aspetti specifici inerenti i rischi assunti dalla società. Come già rilevato, l’individuazione dei rischi bancari è posta a capo della sola Alta Direzione, la cui “sovranità” non può essere limitata solo da un Comitato che, per ruolo e collocazione, è un “ausiliario” del Consiglio di Amministrazione e non si occupa in prima persona della gestione della banca stessa: risulta quindi di primaria importanza prevedere una collaborazione intensa (e non sulla carta) tra Consiglio di Amministrazione, Comitato Controllo e Rischi, controlli di secondo livello e Collegio Sindacale. Al riguardo, occorre d’altro canto segnalare il crescente scetticismo che si sta diffondendo sull’effettiva capacità degli amministratori indipendenti di garantire una migliore tutela dell’interesse sociale nell’ambito della valutazione sull’adeguatezza e l’efficienza degli assetti di controllo: perchè, come osservato da HOPT, (nt. 37), 30, “..qualification may be more important than independence, since independent directors lack information”. Infatti, continua l’Autore, “during the financial crisis, banks receiving bailout money had boards that were more independent”: sul punto, cfr. anche: ADAMS, *Governance and the Financial Crisis, Finance Working Paper no. 248*, 2009; BAINBRIDGE, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012, 103-104; in senso adesivo, CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 654-655; PALMITER, *Corporations*, New York, 2012, 196 ss.; *contra* KLEIN, *Firm performance and Board Committee Structure*, in 41 *J.L.&ECON.* 275, 1998. Per un’analisi comparata del ruolo degli amministratori indipendenti negli Stati Uniti e in Italia e della ratio

1.5. I flussi informativi in favore degli amministratori non esecutivi e il ruolo del Collegio Sindacale

Occorre ora soffermarsi su un profilo estremamente delicato, ovverosia quello dei flussi informativi che intercorrono tra gli amministratori delegati e quelli non esecutivi, e quale sia in questo ambito il ruolo del Collegio Sindacale.

Da quanto detto fino a questo punto, è indubbio che il Consiglio di Amministrazione, per svolgere adeguatamente i suoi compiti di responsabile del sistema dei controlli interni, deve essere adeguatamente e costantemente informato; tanto è vero che, a questo scopo, il comma 5 dell'art. 2381 c.c. impone agli organi delegati di riferire al Consiglio di Amministrazione e al Collegio Sindacale con frequenza non inferiore a centottanta giorni (salvo che lo statuto preveda un termine minore e fermo restando che, nelle società quotate, questo termine è ridotto a tre mesi) sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate⁵⁷: informazioni, queste, che sono fondamentali per comprendere se il sistema di controllo interno originariamente predisposto possa ritenersi via via adeguato in considerazione delle attività intraprese dalla società.

Ciò premesso, poichè, come stabilito in ambito bancario dalle Istruzioni di Vigilanza, la definizione nel dettaglio dei flussi informativi verso il Consiglio di

della loro presenza nell'organo amministrativo, si veda GORDON, *The rise of independent directors in Italy: a comparative perspective*, in BALZARINI-CARCANO-VENTORUZZO, *La società per azioni. Oggi*, Milano, 2007, 161 ss.; al riguardo v. anche: CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 765-769; DRAVIS, *The role of independent directors in corporate governance*, Chicago, 2010.

⁵⁷ Gli amministratori delegati, in relazione all'informativa sulla prevedibile evoluzione dell'attività, devono evidenziare i rischi e anche le potenziali opportunità. Sotto questo aspetto, assume particolare rilievo il riferimento dell'art. 2381 comma 3 ai piani strategici, industriali e finanziari della società che il Consiglio di Amministrazione deve esaminare quando siano predisposti dagli organi delegati. Sull'informativa a favore degli amministratori delegati si veda, per tutti, MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 2, Torino, 2007, 835-858.

Amministrazione è affidata all'Alta Direzione, si deve tuttavia ammettere che sotto questo profilo il primo dipende dalla seconda, almeno con riferimento alla informativa che non viene *ex lege* imposta⁵⁸.

L'attribuzione all'Alta Direzione della gestione dei flussi informativi diretti al Consiglio può comportare il rischio di un "conflitto di interessi" che andrebbe a pregiudicare l'imparzialità e la veridicità delle informazioni su cui fa affidamento l'attività di supervisione del Consiglio di Amministrazione; pericolo che assume contorni ancora più delicati considerando che il "doveroso" agire informato degli amministratori è finalizzato alla migliore realizzazione dell'interesse della società⁵⁹.

Per evitare un simile rischio, la normativa settoriale attribuisce quindi al Consiglio di Amministrazione il potere-dovere di assicurarsi che "*venga definito un sistema informativo corretto, completo e tempestivo*", mentre la normativa ordinaria (in particolare l'art. 2381, 1 e 6 comma c.c.) stabilisce che "*ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in Consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*" e che il Presidente del Consiglio di Amministrazione debba provvedere affinché siano fornite "*adeguate informazioni*"⁶⁰. A ciò si aggiunge che il rischio di una

⁵⁸ Questa competenza è stata di recente confermata nella Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, dove si prevede che l'Alta Direzione "definisce i flussi informativi interni volti ad assicurare agli organi aziendali [tra i quali, il Consiglio di Amministrazione] e alle funzioni aziendali di controllo la piena conoscenza e governabilità dei fattori di rischio e la verifica del rispetto del risk appetite framework".

⁵⁹ Del resto, come rilevato da ADAMS-FERREIRA, *A Theory of Friendly Boards*, in www.ecgi.com, in quelle società in cui il controllo è affidato ad amministratori indipendenti, i membri esecutivi del Consiglio di Amministrazione sono incentivati a fornire una informativa incompleta proprio per il rischio di ingerenze nell'ambito del processo decisionale.

⁶⁰ Sul punto, si rinvia a: MONTALENTI, (nt. 57), 835-858; SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 377 ss..

In ambito bancario, sembra rafforzato il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione, e ciò a garanzia dell'imparzialità dell'informazione a favore degli amministratori non esecutivi. Infatti, come suggerito nella nota di Banca d'Italia del 19 febbraio 2009 di chiarimento alle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche emanate il 4 marzo 2008, il presidente del consiglio di amministrazione dovrebbe partecipare al comitato esecutivo ("in qualità di presidente del medesimo e a condizione che non gli sia attribuito, in caso di parità, voto decisivo"): "attraverso tale partecipazione può [...] attenuarsi il rischio di un'eccessiva concentrazione di potere in capo all'amministratore delegato ovvero di una cesura tra la funzione di gestione e quella di supervisione strategica, che priverebbe di fatto quest'ultima della possibilità di acquisire dirette informazioni sull'attività del comitato esecutivo". In questa direzione, è orientato anche il Codice di Autodisciplina per le società quotate: nel commento all'art. 2, si raccomanda infatti "la separazione dei ruoli di presidente e di chief executive officer [...]. Il Comitato ritiene che, anche in Italia, la separazione dei predetti ruoli possa rafforzare le caratteristiche di imparzialità ed equilibrio che si richiedono al presidente del consiglio di

informazione incompleta o non corretta è attenuato dal fatto che, quantomeno nelle banche quotate, i consiglieri sono supportati dal Comitato Controllo e Rischi a cui è affidato l'espletamento in via preliminare dell'attività istruttoria⁶¹.

Vi è tuttavia da considerare che la concreta efficacia delle disposizioni sopra menzionate è posta in dubbio dalla loro genericità e indeterminatezza: perchè l'obbligo di agire informati e di richiedere informazioni aggiuntive può in concreto essere percepito come tale solo in un momento critico della vita societaria, se non addirittura di conclamata patologia, e viene invocato per evitare di incorrere in addebiti di responsabilità (eventualmente maggiori rispetto a quelle già incorse per l'aver in precedenza agito in modo non informato); più sovente, in un momento "fisiologico" della vita della società - o apparentemente tale - l'obbligo di agire informati viene invece interpretato come una mera facoltà ⁶², e ciò con l'avallo del Comitato la cui attività istruttoria si risolve talvolta nella sola verifica del formale rispetto delle procedure (magari sulla base di pareri di advisor esterni), omettendo di soffermarsi sulla correttezza sostanziale dell'operato del *management* e sull'effettivo andamento della società⁶³.

Invero, nelle banche, come del resto in tutte le altre società, gli amministratori non esecutivi - compresi quelli facenti parte del Comitato Controllo e Rischi - dovrebbero occuparsi di sindacare nel merito le informazioni e i dati sottesi alle

amministrazione. [...] raccomanda che in tale eventualità sia istituita la figura del *lead independent director*". La medesima soluzione è proposta anche nel caso in cui il presidente del consiglio di amministrazione sia nel contempo anche il soggetto che controlla la società oppure laddove, nelle società appartenenti all'indice FTSE-Mib, lo richieda la maggioranza degli amministratori indipendenti.

⁶¹ I componenti del Consiglio di Amministrazione sono inoltre supportati nella loro attività dalle funzioni di controllo di secondo e terzo livello che, come rilevato con specifico riferimento alla funzione di *compliance* da FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in BIANCHINI-DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 58, possono "veicolare ai consiglieri di amministrazione le notizie indispensabili per adempiere al loro dovere di agire informati".

⁶² Cfr. D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000, 46-47.

⁶³ Cfr. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 58: "l'esperienza pratica ci segnala [...] che nelle operazioni più complesse è inusuale che il procedimento istruttorio e decisionale presenti gravi ed evidenti mancanze. Più frequente invece l'ipotesi in cui le regole di correttezza sono sì rispettate ma in termini meramente formali diretti all'attestazione di ragionevolezza delle prospettive, dei costi, degli impegni futuri senza tuttavia una puntuale comparazione con le possibili alternative alla soluzione perseguita".

decisioni proposte dagli amministratori delegati e non limitarsi a rispettare solo formalmente le procedure di controllo. Ciò approfittando della possibilità di richiedere informazioni che dovrebbe essere considerata un obbligo tutte le volte che la “diligenza professionale” suggerisca all’amministratore di pretendere, anche a beneficio degli altri consiglieri, ulteriore informativa su uno specifico punto rispetto a quella garantita *ex lege*.

Tuttavia, la verifica dell’esigenza di maggiore informativa non è sempre agevole e dipende appunto dalla clausola generale della “diligenza professionale” che non è di immediata definizione in situazioni in cui non vi siano palesi e precisi indici di rischio quali, ad esempio, quelli relativi a un’operazione societaria che per modalità, rilevanza economica o profili strategici, non possa passare inosservata anche al più disattento dei consiglieri⁶⁴.

Per questo motivo una soluzione potrebbe essere quella di prevedere, nell’ambito dello scambio di informazioni tra *top management* e consiglieri di amministrazione, un filtro di controllo aggiuntivo che si estenda alla predisposizione dei flussi informativi a favore degli amministratori non esecutivi che non dovrebbe essere di competenza soltanto di coloro che sono oggetto del controllo⁶⁵.

⁶⁴ In proposito, D’ANGELO, (nt. 62), 47, nota 52, richiama quanto previsto dalla Consob nella comunicazione n. 97001574 del 20 febbraio 1997 nella quale si richiedeva una maggiore attenzione su quelle operazioni aventi incidenza rilevante sulla situazione economico-patrimoniale della società e del gruppo ad essa facente capo o che possono presentare elementi di criticità, ovvero, ancora, le operazioni infragruppo (compresi, oltre ai rapporti di natura finanziaria, anche i rapporti di natura commerciale e di fornitura), le operazioni con parti correlate e le operazioni atipiche o inusuali rispetto alla normale gestione d’impresa poste in essere dalla società o da società appartenenti al gruppo ad essa facente capo, in particolare se effettuate a ridosso della chiusura dell’esercizio o nei primi mesi dell’esercizio successivo.

⁶⁵ Ciò avviene nel sistema dualistico dove, a differenza di quanto stabilito per il modello tradizionale, la definizione dei flussi informativi non è riservata esclusivamente all’organo di gestione. Come osservato da LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall’intervento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 705 ss., già nel documento di consultazione precedente alla pubblicazione delle Disposizioni di Vigilanza del 4 marzo 2008, si prevedeva esplicitamente che nel sistema dualistico il regolamento disciplinante i flussi informativi nell’ambito della banca dovevano essere approvati dal consiglio di sorveglianza e non potevano essere predisposti unicamente dal consiglio di gestione. Questa scelta è stata poi confermata dalla Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 2, nella quale si prevede che l’organo con funzione di supervisione strategica - e cioè, nel sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza - “approva [...] i flussi informativi tra [le funzioni aziendali di controllo] e tra queste e gli organi aziendali”.

Questo ruolo potrebbe essere ricoperto dal Collegio Sindacale, il quale, da una parte, permetterebbe di evitare la pericolosa circostanza per cui la definizione dei flussi informativi precedenti la valutazione del Consiglio sia fatta proprio soltanto da coloro che hanno gestito in concreto la banca (e che potrebbero avere interesse a definire dei flussi informativi meno completi e immediati onde evitare non “gradite” intrusioni nella loro sfera decisionale) e, dall’altra, permetterebbe, attraverso il supporto delle altre funzioni del sistema di controllo interno, di colmare un eventuale *gap* informativo degli amministratori non esecutivi⁶⁶.

L’intervento del Collegio Sindacale non dovrebbe però tradursi in un potere esclusivo di definire i flussi informativi a favore degli altri amministratori, ma in un potere più attenuato quale quello di approvare il sistema dei flussi disegnato e proposto dall’Alta Direzione, cui dovrebbe pur sempre spettare il compito di formulare la proposta e i suoi contenuti e quindi di sottoporla ai sindaci; questi ultimi potrebbero così intervenire per formulare al massimo suggerimenti ritenuti migliorativi del sistema informativo, ferma però la competenza dell’Alta Direzione alla presentazione di una nuova proposta o, nel caso, l’obbligo di motivare - adeguatamente e in modo davvero esaustivo - le ragioni per cui ritengono di non adeguarsi ai rilievi dei sindaci⁶⁷.

In questo modo, il Collegio Sindacale manterrebbe sull’operato dell’Alta Direzione una forma di supervisione che in qualche modo potrebbe definirsi “strategica” in quanto, pur avendo come oggetto solo l’architettura dei flussi informativi, non potrebbe non incidere anche sulle scelte relative alla generale organizzazione della

⁶⁶ Oltre al supporto delle funzioni del sistema di controllo interno e allo scambio di informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate, occorre poi ricordare che i sindaci hanno un diritto di ispezione che consente loro di accedere, anche individualmente, ai libri e alle scritture contabili e a qualsiasi documento in possesso della società.

⁶⁷ E ciò in coerenza con l’orientamento che emerge anche con riferimento al ruolo di supervisione strategica attribuito al consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico. In proposito, si veda CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 688; MARCHETTI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 165; SANTONI, (nt. 29), 40-41; SCHIUMA, (nt. 13), 75-81; di questo avviso, anche alla luce dell’analisi comparata delle competenze del consiglio di sorveglianza nell’ordinamento tedesco, PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 9; si veda infine BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 257.

banca e all'attuazione dei controlli sull'attività della società e sui rischi a cui è esposta⁶⁸.

Ciò precisato, l'interrogativo che si può porre è quello se le informazioni ricavate direttamente dal Collegio Sindacale (principalmente per effetto del diritto di ispezione riconosciuto per legge ai singoli sindaci oppure ottenute con la collaborazione dell'Internal Audit e dei controlli di secondo livello⁶⁹) possano essere trasmesse ai singoli consiglieri o, in conformità al disposto dell'art. 2381 c.c., possano circolare solo nell'ambito di una riunione consiliare e quindi a favore anche di coloro che non le avessero richieste specificatamente.

Per un verso si potrebbe ritenere inopportuno riconoscere ai singoli amministratori una sorta di diritto individuale di ispezione, considerato che l'art. 2381 prevede, al sesto comma, che gli amministratori possono richiedere che vengano fornite "in consiglio" informazioni riguardanti l'andamento della società e, al primo comma, che il presidente si adoperi affinché le informazioni "vengano fornite a tutti i consiglieri": e ciò per evitare una asimmetria informativa tra amministratori al momento dell'assunzione di una decisione nell'interesse della società⁷⁰.

Si ricorda però che l'art. 2381 c.c. regola solo i flussi informativi tra gli amministratori delegati e quelli non esecutivi e pertanto potrebbe forse non impedire agli amministratori di richiedere informazioni direttamente ai sindaci; ove in ipotesi si decidesse di aderire a questa tesi, non sarebbe quindi giustificata la tutela di quell'amministratore che, sia nelle società "comuni" sia in quelle bancarie, non si fosse attivato per chiedere le informazioni necessarie per una corretta

⁶⁸ Cfr., seppur con specifico riferimento alla competenza del consiglio di sorveglianza incaricato della funzione di supervisione strategica, SANTONI, (nt. 29), 39.

⁶⁹ Sulle diverse modalità con cui il Collegio Sindacale può assumere le informazioni sull'andamento della società, si rinvia a MOSCO, *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 311 ss..

⁷⁰ Sull'inammissibilità di un diritto di ispezione in capo al consigliere di amministrazione, BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 45; CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 356 ss; MONTALENTI, (nt. 63), 59; anche precedentemente alla riforma del 2003, GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti il consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Torino, 1997, 641 ss.; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, 339.

valutazione, posto che l'obbligo - individuale - di agire informati impone a ciascun consigliere un comportamento attivo di ricerca delle informazioni.

Anzi, si potrebbe ritenere che corrisponda a un preciso interesse dell'ordinamento quello di vedere incentivato non solo in ambito bancario un maggior attivismo degli amministratori non esecutivi così da aumentare, anche a salvaguardia del valore della società, le possibilità che la decisione da assumere sia maggiormente ponderata. Sarà poi il Collegio Sindacale che dovrà valutare nel caso concreto se le informazioni acquisite siano tanto rilevanti e dunque debbano essere rese disponibili a tutto il Consiglio di Amministrazione: assumendosi le conseguenti responsabilità laddove tale mancata informativa non sia giustificata e abbia pregiudicato una corretta ponderazione da parte degli altri amministratori.

1.6. I controlli di secondo livello

I problemi sopra richiamati sono da tenere in debita considerazione posto che nelle banche è particolarmente avvertita l'esigenza di un sistema di controllo adeguato e funzionale al perseguimento di una sana e prudente gestione: in questo contesto è un presupposto fondamentale affinché si possa ritenere un sistema di controllo interni davvero efficace anche il coordinamento del Collegio Sindacale con i c.d. "controlli di secondo livello", e cioè con quelle funzioni di *risk management* e di *compliance* che si occupano, all'interno del sistema di controllo interno, della misurazione, del monitoraggio e del controllo dei diversi profili di rischio a cui risultano esposte le banche⁷¹.

⁷¹ Il *risk management* collabora alla fissazione dei limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio e ha, tra l'altro, il compito di proporre i parametri quantitativi e qualitativi necessari per la definizione del *risk appetite framework*, ovvero la politica di rischio perseguita dalla società. In particolare, così come previsto dalla Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, par. 3.3, il *risk management* svolge principalmente i seguenti compiti: verifica nel continuo l'adeguatezza del processo di gestione dei rischi e dei limiti operativi e analizza i rischi dei nuovi prodotti e servizi e di quelli derivanti dall'ingresso in nuovi segmenti operativi e di mercato; dà pareri preventivi sulla coerenza con il *risk appetite framework* delle operazioni di maggiore rilievo eventualmente acquisendo, in funzione della natura dell'operazione, il parere di altre funzioni coinvolte nel processo di gestione dei rischi; verifica l'adeguatezza e l'efficacia delle misure prese per rimediare alle carenze riscontrate nel processo di gestione del rischio.

E' ovvio che il controllo, in particolare del *risk management*, non può evitare in assoluto che vengano assunte decisioni errate, ma può certamente contribuire a che vengano effettuate utili valutazioni tecniche volte a delinearne i contenuti, i limiti e i rischi e quindi a impedire operazioni eccessivamente rischiose le cui eventuali ricadute negative non siano facilmente pronosticabili e neutralizzabili. Risulta pertanto di primaria importanza rafforzare anche i controlli di secondo livello in modo tale da ottenere sia una precisa analisi di specifici rischi e del loro impatto sull'operatività bancaria sia una maggiore attenzione nella valutazione del rischio in un'ottica integrata⁷².

Quanto invece alla funzione di *compliance*, come stabilito dalla Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, par. 3.3 (che sostanzialmente conferma quanto era previsto dalle precedenti disposizioni di vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007), i principali compiti che questa funzione deve svolgere sono:

- "l'ausilio alle strutture aziendali per la definizione delle metodologie di valutazione dei rischi di non conformità alle norme;
- l'individuazione di idonee procedure per la prevenzione del rischio rilevato, con possibilità di richiederne l'adozione;
- la verifica della loro adeguatezza e corretta applicazione;
- l'identificazione nel continuo delle norme applicabili alla banca e la misurazione/valutazione del loro impatto su processi e procedure aziendali;
- la proposta di modifiche organizzative e procedurali finalizzate ad assicurare un adeguato presidio dei rischi di non conformità identificati;
- la predisposizione di flussi informativi diretti agli organi aziendali e alle strutture coinvolte (ad es.: gestione del rischio operativo e revisione interna);
- la verifica dell'efficacia degli adeguamenti organizzativi (strutture, processi, procedure anche operative e commerciali) suggeriti per la prevenzione del rischio di non conformità alle norme".

⁷² L'esigenza di una valutazione del rischio in ottica integrata è avvertita anche in ambito internazionale, e, in particolare, nella proposta di direttiva "Capital Requirements Directive 4" pubblicata nel 2010, nella quale si richiede una maggiore attenzione all'esposizione complessiva della società ai rischi e all'interazione tra gli stessi. Sotto questo punto di vista le banche italiane sembrano essersi effettivamente orientate verso una effettiva maggiore attenzione alla funzione di *risk management*. Infatti, come rilevato da TARANTOLA nell'intervento "Il ruolo del risk management per un efficace presidio dei rischi: le lezioni della crisi" del 10 novembre 2011 reperibile su www.bancaditalia.it, "nel complesso, i progressi sinora compiuti sono significativi. Ruoli e responsabilità in materia di risk management degli organi aziendali e del top management sono in generale ben definiti, formalizzati e aggiornati. Rispetto al passato, i CDA sono più attivamente impegnati nella disamina dei rischi aziendali [...]; l'"area-rischi" è maggiormente integrata nei processi aziendali e ha visto aumentare le occasioni di confronto con le altre funzioni della banca. Nondimeno, permangono ambiti che necessitano di miglioramento [...]. Innanzitutto, i CDA devono rendere più incisiva l'azione volta a diffondere lungo l'intera filiera decisionale una cultura gestionale basata su logiche di performance corretta per il rischio. In molti casi il Consiglio - nella definizione degli obiettivi di rischio, del processo ICAAP, della pianificazione strategica e operativa e del budgeting - non adotta un sistema decisionale sufficientemente integrato".

Si è però visto, nella recente crisi finanziaria, quanto scarsa sia stata l'importanza avuta dal *risk management* nell'impedirne i devastanti effetti; anzi allo stesso è stato assegnato (in alcune situazioni sarebbe forse più corretto dire che "lo stesso si è assegnato") un ruolo veramente marginale nella gestione delle banche ⁷³.

La funzione di *risk management* dovrebbe invece ricoprire un ruolo collaborativo e attivo soprattutto nella fase di individuazione dei rischi bancari, addirittura incidendo sulle scelte dell'Alta Direzione allorché sia all'ordine del giorno la politica di rischio perseguita. Del resto l'importanza dei controlli di secondo livello è giustificabile anche per il sempre crescente grado di tecnicismo che caratterizza l'organizzazione del sistema dei controlli interni in conseguenza della maggior sofisticazione dell'attività (in particolare quella squisitamente finanziaria) delle banche: e ciò è ancor più evidente se, come si è accennato, si considera che in genere il Consiglio di Amministrazione - e, in taluni casi, l'Alta Direzione - non appare avere la forza di garantire una vera e propria dialettica critica a causa della mancanza di quelle competenze tecniche e di quegli strumenti operativi che sono necessari per la valutazione di rischi.

Posto che né il Consiglio di Amministrazione né l'Alta Direzione possono rappresentare quel "filtro" capace di scongiurare l'assunzione di tali rischi, è evidente come sia necessario attribuire anche ai controlli di secondo livello un più

⁷³ Basti pensare che, come segnalato da ZINGALES nell'articolo "Il vero nodo è la governance" pubblicato su Il Sole 24 Ore dell'8 Ottobre 2008, "il Comitato incaricato di supervisionare la gestione del rischio di Lehman Brothers si riuniva solo due volte all'anno, persino quando la crisi era già esplosa". Anche TARANTOLA, (nt. 72), afferma che: "il tema del risk management è tornato alla ribalta del dibattito internazionale con la crisi che ha posto in luce diffuse carenze nel processo di assunzione, governo e controllo dei rischi di molti intermediari, carenze che hanno acuito, quando non alimentato, le situazioni di instabilità. Le banche che hanno meglio resistito durante la crisi sono risultate quelle che hanno saputo correttamente interpretare e utilizzare i risultati dei modelli - riuscendo, se del caso, a coglierne limiti e approssimazioni - e coinvolgere l'alta dirigenza nella definizione dell'appetito al rischio aziendale, nella valutazione complessiva dei rischi e nel controllo dei risultati raggiunti". Come infine affermato da HOPT, (nt. 37), 11: "the OECD [report of 2009 on "Corporate Governance and the Financial Crisis", p. 8] holds that perhaps one of the greatest shocks from the financial crisis has been the widespread failure of risk management"; nello stesso senso, MEHRAN-MORRISON-SHAPIRO, *Corporate Governance and Banks: What have we learned from the financial crisis?*, 2011, 1, reperibile su www.ssrn.com.

incisivo potere di “voice” in merito all’utilizzo di un prodotto finanziario o nell’attuazione di una determinata operazione⁷⁴.

In proposito, occorre ricordare che la Circolare della Banca d’Italia n. 263 già afferma esplicitamente che ci si dovrebbe astenere dal compimento di quelle operazioni i cui rischi non possano essere individuati o la cui assunzione potrebbe provocare gravi danni alla situazione patrimoniale delle banche⁷⁵: le stesse devono quindi valutare con attenzione l’ingresso in nuovi mercati o in nuovi settori operativi nonchè l’offerta di nuovi prodotti, e ogni nuova scelta imprenditoriale che determini un allargamento dei profili di rischio della banca deve essere preceduta da un’attenta attività di studio e di organizzazione dei controlli indispensabile per porsi nella condizione di conoscere i nuovi rischi e di poterli idoneamente controllare⁷⁶. Ma soprattutto è necessario segnalare che, come previsto

⁷⁴ In tal senso, sono orientate anche le indicazioni emerse in ambito internazionale. Ci si riferisce in particolare a quanto previsto dal Comitato di Basilea nei documenti “Enhancements to the Basel II framework” del 2009 e “Principle for enhancing corporate governance” del 2010. Sul punto, si veda anche il documento “Guidelines on Internal Governance” del 2011 elaborato dalla European Banking Authority (EBA). La Circolare n. 263 e, in particolare, il capitolo 7 dedicato al sistema di controllo interno introdotto il 2 luglio 2013 nell’ambito del Titolo V, sembra proprio ispirata dall’esigenza di potenziare la funzione preventiva del controllo del *risk management*: infatti, viene previsto che il *risk management* analizza i rischi dei nuovi prodotti e servizi e di quelli derivanti dall’ingresso in nuovi segmenti operativi e di mercato e dà pareri preventivi sulla coerenza con il *risk appetite framework* delle operazioni di maggiore rilievo. Del resto, già prima della pubblicazione di questa circolare, le linee applicative del 11 gennaio 2012 relative alle disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche del 2008 già richiamavano espressamente le banche a porre attenzione “sul contributo che – nell’organo amministrativo delle banche di maggiori dimensioni e complessità operativa – [...] il comitato rischi è chiamato ad apportare nella fissazione dei livelli di rischio che si intendono assumere e delle strategie per la loro gestione” e auspicavano “un coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti (*in primis, compliance, risk management, pianificazione strategica*), anche attraverso la partecipazione ai lavori del board o, ove costituiti, dei comitati interni ad esso”.

⁷⁵ Cfr. Circolare n. 263, Titolo I, cap. 1, dove si prevede quanto segue: “le banche che non sono in grado di misurare e gestire correttamente i rischi associati a strumenti finanziari sensibili a più fattori di rischio devono astenersi dalla negoziazione di questi strumenti”.

⁷⁶ Cfr. D’ANGELO, (nt. 62), 160. In altre parole, dovrebbe effettivamente rispettarsi quanto previsto nel Titolo V, Capitolo 7 della Circolare n. 263 dove si impone all’alta direzione di “defini[re] e cura[re] l’attuazione del processo (responsabili, procedure, condizioni) per approvare gli investimenti in nuovi prodotti, la distribuzione di nuovi prodotti o servizi ovvero l’avvio di nuove attività o l’ingresso in nuovi mercati”. Questo processo dovrebbe essere finalizzato ad “assicura[re] che vengano pienamente valutati i rischi derivanti dalla nuova operatività, che detti rischi siano coerenti con la propensione al rischio e che la banca sia in grado di gestirli; a “defini[re] le fasce di clientela a cui si intendono distribuire nuovi prodotti o servizi in relazione alla complessità degli stessi e a eventuali vincoli normativi esistenti; a “consent[ire] di stimare gli impatti della nuova operatività in termini di costi, ricavi, risorse (umane, organizzative e

dal Titolo V introdotto il 2 luglio 2013 nella medesima Circolare, il *risk management* è legittimato a “d[are] pareri preventivi sulla coerenza con [la politica di rischio definita dall’organo amministrativo] delle operazioni di maggiore rilievo eventualmente acquisendo, in funzione della natura dell’operazione, il parere di altre funzioni coinvolte nel processo di gestione dei rischi”⁷⁷.

Questo importante precetto implica che, in tali situazioni, ai controlli di secondo livello dovrebbe davvero essere consentito di influenzare preventivamente le decisioni del *management* in tema di assunzione dei rischi, cosicché non sia permesso ad amministratori e dirigenti di porre in essere operazioni dai risvolti quanto mai incerti.

In realtà, allo stato attuale, manca una norma che legittimi un vero e proprio potere di “veto” da parte di chi non è amministratore della società, nè sono regolate le conseguenze di un potenziale dissenso con l’organo amministrativo: tanto è vero che, al fine di mantenere la responsabilità gestionale esclusivamente in capo agli amministratori, nella Circolare 263 si precisa che l’organo con funzione di gestione (e cioè l’Alta Direzione) “esamina le operazioni di maggior rilievo oggetto di parere negativo da parte della funzione di controllo dei rischi e, se del caso, le autorizza”, dovendo informare di ciò l’organo con funzione di supervisione strategica (il CdA) e di controllo (il Collegio Sindacale)⁷⁸.

Ma questo è un punto qualificante: perché un intervento più incisivo del Legislatore su tale aspetto potrebbe forse rivelarsi utile per evitare il ripetersi dei disastri finanziari come quelli cui si è assistito⁷⁹, potendo però nel contempo creare situazioni di contrasto con l’organo di amministrazione, specie laddove i controlli di

tecnologiche) nonché di valutare gli impatti sulle procedure amministrative e contabili della banca; e a “individua[re] le eventuali modifiche da apportare al sistema dei controlli interni”.

⁷⁷ Precisamente, si tratta di quanto previsto nel Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, par. 3.3.

Per quanto invece riguarda la funzione di *compliance*, le disposizioni di vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007 prevedono che: “la funzione di conformità deve essere coinvolta nella valutazione ex ante della conformità alla regolamentazione applicabile di tutti i progetti innovativi che la banca intenda intraprendere nonché nella prevenzione e nella gestione dei conflitti di interesse sia tra le diverse attività svolte dalla banca sia con riferimento ai dipendenti e agli esponenti aziendali”.

⁷⁸ Cfr. Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 3.

⁷⁹ In proposito si segnala che le “Guidelines on Internal Governance” pubblicate il 27 settembre 2011 dall’European Banking Authority (EBA) prospettano l’ipotesi di concedere un potere di veto in capo al chief risk officer.

secondo livello dovessero opporsi - magari per un "eccesso" di prudenza - a operazioni remunerative per la società.

Ne discende che, se non si vuole sovvertire la tradizionale divisione dei poteri tra gli organi societari per il rischio di limitare l'efficienza della gestione delle banche, al fine di incrementare l'efficacia dei controlli, gli amministratori dovrebbero comunque adempiere al loro obbligo di motivare in modo adeguato la decisione di discostarsi dalle risultanze e dalle osservazioni formulate dalla funzione di *risk management*.

Sarebbe poi necessario dare concreta attuazione alle disposizioni regolamentari dettate da Banca d'Italia e quindi creare un effettivo raccordo funzionale tra *risk management*, *compliance* e Internal audit, prevedendo flussi informativi obbligatori e continuativi aventi come referente principale il Collegio Sindacale il quale potrebbe così valutare con maggiore cognizione di causa l'efficacia e l'adeguatezza delle procedure di controllo poste in essere dal *management*⁸⁰. Questi flussi informativi sono indispensabili nell'ambito del sistema di controllo interno e dovrebbero essere costanti, puntuali e circolari, coinvolgendo tutte le strutture investite di funzioni di

⁸⁰ Come previsto dalla Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, par. 3.5, "specifica attenzione è posta nell'articolazione dei flussi informativi tra le funzioni aziendali di controllo; in particolare, i responsabili della funzione di controllo dei rischi e della funzione di conformità alle norme informano il responsabile della funzione di revisione interna delle criticità rilevate nelle proprie attività di controllo che possano essere di interesse per l'attività di audit. Il responsabile della revisione interna informa i responsabili delle altre funzioni aziendali di controllo per le eventuali inefficienze, punti di debolezza o irregolarità emerse nel corso delle attività di verifica di propria competenza e riguardanti specifiche aree o materie di competenza di queste ultime". In particolare, viene espressamente stabilito che vi deve essere una intensa collaborazione tra la funzione di *compliance* e l'Internal audit. Infatti, come chiarito dalla "Comunicazione congiunta Banca d'Italia - Consob in materia di ripartizione delle competenze tra *compliance* e internal audit nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio" pubblicata l'8 marzo 2011, "la forte interrelazione e la complementarietà tra le funzioni di controllo di conformità e di revisione interna, richiede che gli intermediari sviluppino forme di collaborazione tra di esse ricercando sinergie operative che valorizzino il patrimonio informativo e gli expertise del personale disposizione delle due funzioni. Così, in sede di pianificazione, almeno annuale, delle rispettive attività di controllo, gli intermediari sviluppano forme di ordinata collaborazione fra funzione di *compliance* e funzione di audit tese a valorizzare la coerenza e la complementarietà delle attività pianificate. Sotto questo profilo, va innanzitutto posta specifica attenzione all'articolazione dei flussi informativi tra le due funzioni aziendali".

controllo, dai controlli di linea a quelli di secondo e terzo livello fino agli organi apicali⁸¹.

Risulta poi altrettanto importante evitare conflitti di interesse e, pertanto, le funzioni di controllo devono essere gerarchicamente indipendenti dai vertici dirigenziali e dotate di risorse qualitativamente e quantitativamente adeguate ai compiti da svolgere: a tal fine ha un rilievo fondamentale la collocazione organizzativa, nel senso che la necessaria indipendenza dei controlli di secondo livello potrebbe essere garantita esclusivamente se essi fossero posti all'interno dell'Internal audit o quantomeno alle dipendenze del Collegio Sindacale⁸².

Tuttavia, le Istruzioni di Vigilanza e la Circolare n. 263 non adottano questa soluzione in quanto stabiliscono che i controlli di secondo livello sono oggetto delle verifiche dell'Internal audit e, pertanto, solo da esso devono essere strutturalmente e funzionalmente separati; tant'è che le banche tendono a collocarli in staff al Consiglio di Amministrazione o addirittura all'Amministratore Delegato⁸³, situazione che - per coerenza con quanto sopra osservato - non sembra condivisibile⁸⁴.

⁸¹ Seppur con specifico riferimento alla governance delle società assicurative, VICARI, *Il sistema dei controlli interni nelle imprese di assicurazione*, in *Dir. economia assicur.*, 2011, 31 ss..

⁸² Cfr. PROSPERETTI-COLAVOLPE, *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio, Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009, 161 ss..

⁸³ In particolare, così come era già stabilito dalle disposizioni di vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007 e dalle Disposizioni di vigilanza in materia di corporate governance bancaria emanate nel marzo 2008, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, prevede espressamente che "i responsabili delle funzioni di controllo dei rischi e di conformità alle norme sono collocati alle dirette dipendenze dell'organo con funzione di gestione [e cioè l'alta direzione] o dell'organo con funzione di supervisione strategica [e cioè il consiglio di amministrazione]" e "sono nominati e revocati (motivandone le ragioni) dall'organo con funzione di supervisione strategica, sentito l'organo con funzione di controllo. Il responsabile di funzioni aziendali di controllo può essere un componente dell'organo amministrativo, purché sia destinatario di specifiche deleghe in materia di controlli e non sia destinatario di altre deleghe che ne pregiudichino l'autonomia".

⁸⁴ Come osservato con specifico riferimento alla funzione di *compliance* da GRECO, *La compliance nelle attività e nei servizi bancari: i problemi aperti*, in ATRIGNA (a cura di), *Compliance. Ruolo e responsabilità*, Milano, 2009, 38-44, non è un fatto positivo che i soggetti incaricati dei controlli di secondo livello siano dipendenti a vari livelli della banca che sono tenuti a controllare "e quindi fanno parte di un sistema di relazioni gerarchiche, organizzative economiche che ne possono sostanzialmente influenzare l'operato". In tal senso si veda anche il report del 2009 di Deloitte, "Global risk management survey: Sixth edition { Risk management in the spotlight", richiamato da HÖRING-GRUNDL, *Risk management's place in an organisation: A tradeoff between independence and co-ordination*, ICIR Working Paper Series, 5, 2011, 2.

I controlli di secondo e terzo livello dovrebbero invece favorire lo sviluppo di piani d'azione complementari volti a garantire presidi sui rischi più validi e incisivi, e dovrebbero essere gestiti in modo tale da renderli tra loro sinergici e da garantire - soprattutto al Collegio Sindacale - una maggiore informativa utile nello svolgimento della sua attività di supervisione sull'efficienza e sull'adeguatezza del sistema di controllo interno e nella formulazione di eventuali rilievi che possano essere mossi dai sindaci all'organo amministrativo. Ecco perché tali funzioni dovrebbero essere considerate e gestite non solo come funzioni "vicine", ma addirittura integrabili tra loro e in costante collaborazione reciproca, addirittura parte di un unico centro di controllo, sotto la supervisione del Collegio Sindacale ⁸⁵.

A una simile soluzione potrebbe tuttavia obiettarsi che, così facendo, si finirebbe ad attribuire al Collegio Sindacale il potere di intromettersi nella gestione, attraverso l'utilizzo della funzione di *risk management* che, in caso di dissenso dei sindaci sulla politica di rischio proposta, potrebbe farsene portavoce opponendosi all'assunzione di quella determinata strategia gestionale; ciò potrebbe essere ancor più marcato ove fosse possibile riconoscere in capo al *risk management* un potere di "veto" in relazione a quelle operazioni o quei prodotti i cui profili di rischio non possano essere limitati in modo adeguato: per questo motivo sarebbe quindi opportuno evitare una vera e propria soggezione gerarchica del *risk management* nei confronti del Collegio Sindacale.

Del resto, il *risk management* (così come l'Internal audit, del quale si tratterà di qui a poco) tradizionalmente viene qualificato come un controllo posto "a favore della gestione", nel senso che è funzionale non tanto a imporre una sanzione, quanto a garantire all'organo amministrativo quelle valutazioni tecniche che siano utili a delineare i rischi connessi a determinate attività, con lo scopo di favorire il miglioramento dei processi decisionali e di sorveglianza. Dovrebbe quindi valutarsi

⁸⁵ Come osservato da PAVAN, *Il confine tra la funzione di compliance e la funzione di Internal Audit*, in ATRIGNA (a cura di), *Compliance. Ruolo e responsabilità*, Milano, 2009, 97, "in merito alla supervisione dell'attività svolta dalla funzione di compliance occorre evidenziare, altresì, l'importanza del ruolo del collegio sindacale che deve, in ultima istanza, accertare anche il corretto funzionamento della compliance, stante la mancanza nel sistema italiano, a differenza di altri paesi - come ad esempio il Regno Unito - dell'obbligo del ricorso ad un ente certificatore esterno per la verifica della qualità dell'attività svolta dalla funzione di compliance, che riferisca direttamente sia agli organi sociali che alle autorità di vigilanza".

come naturale la collocazione dei controlli di secondo livello al di sotto dell'organo amministrativo (o dell'Alta direzione) che è appunto il principale referente dell'attività dei controlli di secondo livello ed è competente alla nomina dei responsabili e alla determinazione dei loro compiti⁸⁶.

In effetti, questa obiezione è per certi aspetti condivisibile e discende dal fatto che il sistema di controllo interno - e nell'ambito di esso il *risk management* - è stato originariamente concepito in ambito internazionale dove non è presente un organo come il Collegio Sindacale esterno al Consiglio di Amministrazione e il cui ruolo è quello di controllare l'operato degli amministratori in un'ottica prevalentemente sanzionatoria⁸⁷. Infatti, nelle esperienze straniere, il controllo "di vertice" è affidato agli stessi amministratori (come avviene nel sistema monistico) ovvero a un organo, quale il consiglio di sorveglianza, che può avere anche funzioni di alta amministrazione e che nomina (e può revocare) i gestori della società; mentre, nel

⁸⁶ Cfr. PRESTI, (nt. 12), 10; GRECO, (nt. 84), 13 ss..

⁸⁷ Cfr. PRESTI, (nt. 12), 8-9; IRRERA, (nt. 16), 95; SCHIUMA, (nt. 13), 59 ss.. Del resto, non è un caso che, come osservato da HOPT, (nt. 37), 43, le recenti "Guidelines on Internal Governance" pubblicate il 27 settembre 2011 dall'European Banking Authority (EBA) sono perlopiù scritte "from the perspective of the unitary system", e non prendono nemmeno in considerazione l'esistenza di un organo quale è il collegio sindacale.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, è di tutta evidenza che la disciplina bancaria in relazione al sistema di controllo interno è fortemente influenzata dalle elaborazioni sviluppate in sede internazionale: ci si riferisce in particolare al Framework for Internal Control System in Banking Organizations emanato nel 1998 dal Comitato di Basilea. Infatti, la definizione di sistema di controllo interno proposta dalle Istruzioni di Vigilanza - analizzata nel par. 1.1 di questo lavoro - sottende sostanzialmente le stesse esigenze avvertite dal Comitato di Basilea, e cioè che: "the internal control process, which, historically has been a mechanism for reducing instances of fraud, misappropriation and errors, has become more extensive, addressing all the various risks faced by banking organisations. It is now recognised that a sound internal control process is critical to a bank's ability to meet its established goals, and to maintain its financial viability". Questa influenza da parte delle elaborazioni effettuate in sede internazionale è poi esplicitamente ammessa anche dalla Circolare 263 dove nella premessa al capitolo dedicato proprio al sistema di controllo interno (Titolo V, Capitolo 7) vengono richiamati i seguenti documenti: EBA/CEBS: "Guidelines on the Application of the Supervisory Review Process under Pillar 2", 25 gennaio 2006; "Guidelines on outsourcing", 14 dicembre 2006; "Guidelines on the management of operational risks in market-related activities", 12 ottobre 2010; "Guidelines on Internal Governance", 27 settembre 2011; Basel Committee on Banking Supervision: "Fair value measurement and modelling: An assessment of challenges and lessons learned from market stress", giugno 2008; "Principle for enhancing corporate governance", ottobre 2010; "The internal audit function in banks", giugno 2012; "Core Principles for Effective Banking Supervision", settembre 2012; Financial Stability Board: "Enhancing Market and Institutional Resilience", 7 aprile 2008; "Thematic Review on Risk Governance", 12 febbraio 2013; European Systemic Risk Board (ESRB): "Raccomandazione in materia di prestiti in valuta estera (ESRB/2011/1)", 21 settembre 2011.

nostro ordinamento, il Collegio Sindacale non ha poteri di gestione, ma è competente a un controllo di conformità della gestione a determinate regole (legali, statutarie e di corretta amministrazione), prevalentemente *ex post* rispetto all'andamento della società, e ha l'onere di comunicare le irregolarità riscontrate ai soci affinché assumano gli opportuni provvedimenti⁸⁸.

Tuttavia, i controlli di secondo livello (e, come si dirà, quelli di terzo livello), ove collocati nell'ambito del sistema tradizionale di *governance* di una banca, non possono risolversi soltanto in un'attività istruttoria a favore dell'organo amministrativo con il quale è ovviamente necessario garantire un flusso informativo, ma in qualche modo dovrebbero poter incidere sulla gestione della società, assicurando un efficace *monitoring* nei confronti dell'operato del *management* e a tutela degli interessi di soci, creditori e investitori.

In altre parole, al sistema di controllo interno dovrebbe essere riconosciuta una "doppia anima": da una parte, dovrebbe costituire uno strumento dell'organo amministrativo per migliorare l'efficienza aziendale (risolvendosi quindi in controlli "per l'amministrazione") e, dall'altra, dovrebbe distaccarsi dalla gestione e farne oggetto del suo controllo (assolvendo la funzione di controllo

⁸⁸ Tanto è vero che, con riferimento alla funzione di *compliance*, le Disposizioni di vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007 prevedono che, per le banche che adottano il sistema dualistico, lo statuto deve prevedere che le politiche di gestione del rischio di non conformità e la stessa costituzione della funzione di *compliance* vengono decise dal consiglio di sorveglianza, su proposta del consiglio di gestione; e, in caso di adozione del sistema monistico, la delibera deve essere approvata non solo dal consiglio di amministrazione nel suo plenum, ma anche dal comitato per il controllo sulla gestione: si ammette in questo modo una ingerenza nel "merito" da parte di questi due organi di controllo, il che non è invece previsto nell'ambito del sistema tradizionale dove il collegio sindacale non sembra avere il potere di incidere in maniera determinante sulle scelte degli amministratori in tema di predisposizione degli assetti di controllo interno. Proprio con specifico riferimento al sistema dualistico di *governance*, PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'allgemeines deutsches handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 26-29, richiama alcune regole previste nell'ambito degli statuti e dei regolamenti di alcune delle maggiori banche tedesche (e, precisamente, Deutsche Bank, Dresdner Bank e Commerzbank) dalle quali si trae una conferma della diversità di poteri tradizionalmente attribuiti al Collegio Sindacale e il ruolo che è affidato in Germania al consiglio di sorveglianza: in particolare, si prevede un forte potere di ingerenza da parte di quest'ultimo con riferimento a operazioni che possano incidere in maniera sostanziale sulla situazione patrimoniale e finanziaria della banca in questione, come, per esempio, l'acquisto e la cessione di partecipazioni in altre imprese o di immobili, se di valore superiore a una determinata soglia del suo patrimonio di vigilanza; viene previsto, inoltre, che il consiglio di sorveglianza possa stabilire altre operazioni da assoggettare alla sua autorizzazione.

“sull’amministrazione”)⁸⁹. Tant’è che, come stabilito dalla disciplina speciale, i preposti ai controlli di secondo e terzo livello riferiscono del proprio operato sia al Comitato Controllo e Rischi sia al Collegio Sindacale, il che dimostra una “sostanziale pariteticità delle posizioni ad essi attribuite nella gerarchia dei controlli”⁹⁰.

E’ poi significativo osservare che i controlli di secondo livello hanno un rilievo fondamentale anche per il corretto adempimento degli specifici obblighi previsti dalla disciplina bancaria e dall’Autorità di Vigilanza: basti pensare, per esempio, all’importanza dei calcoli della funzione di *risk management* nell’ambito del processo di determinazione del patrimonio di vigilanza a copertura dei rischi assunti dalla banca. Importanza che è confermata dal fatto che, come statuito dalle Disposizioni di Vigilanza n. 688006 del 10 luglio 2007, “le banche provvedono a comunicare tempestivamente alla Banca d’Italia la nomina e l’eventuale revoca del responsabile della [funzione di *compliance*]”, nonché, a seguito della Comunicazione di Banca d’Italia del 7 giugno 2011 (“Nuova segnalazione sugli organi sociali (Or.So). Istruzioni per gli intermediari”), la nomina, la revoca e la sostituzione dei

⁸⁹ Cfr. CANTINO, *Corporate governance, misurazione della performance e compliance del sistema di controllo interno*, Milano, 2007, 64. Sulla distinzione tra controllo “di gestione” e “sulla gestione”, cfr. OLIVIERI, *Appunti sui sistemi di controllo nelle società per azioni “chiuse”*, in BENAZZO-CERA-PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, Torino, 2011, 519-520. Anche secondo GHEZZI-RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, in GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2005, 290, “gli aspetti di natura organizzativa rilev[a]no sotto due distinti profili: uno gestionale, attiene alla razionalità dell’organizzazione aziendale e alla coerenza della stessa con gli obiettivi perseguiti; un profilo attinente i controlli, riassumibile nella misura in cui la struttura consente al management [e, a mio parere, nel sistema tradizionale, ai sindaci] di sapere in quale misura si stiano effettivamente raggiungendo gli obiettivi (dallo stesso prefissati) e quali siano i principali rischi che possono impedire che ciò avvenga”.

⁹⁰ Così, PARMEGGIANI, (nt. 33), 323; v. anche PRESTI, (nt. 12), 11. La Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, prevede infatti che “i responsabili della funzione di controllo dei rischi e della funzione di conformità alle norme hanno, in ogni caso, accesso diretto all’organo con funzione di supervisione strategica e all’organo con funzione di controllo e comunicano con essi senza restrizioni o intermediazioni”. Nello stesso senso, pure le Disposizioni di Vigilanza del 10 luglio 2007 n. 688006 che impongono alla funzione di *compliance* di “fornire tempestiva informazione al consiglio di amministrazione (o a un comitato costituito al suo interno) e al collegio sindacale [...] su ogni violazione rilevante della conformità alle norme (es. violazioni che possono comportare un alto rischio di sanzioni regolamentari o legali, perdite finanziarie di rilievo o danno di reputazione)”.

componenti di “figure aziendali di particolare rilievo per la Vigilanza” che vengono espressamente identificate nell’Internal audit e nel *risk management*.

Da quanto detto emerge quindi che in ambito bancario i controlli di secondo livello garantiscono i propri riscontri non solo agli amministratori, ma pure all’Autorità di Vigilanza e al Collegio Sindacale e, attraverso quest’ultimo, ai soci⁹¹.

Dunque, l’attività di coordinamento delle diverse funzioni di controllo non deve essere lasciata alla discrezionalità dell’organo amministrativo (che a sua volta dovrebbe essere oggetto della loro attività di controllo), bensì a un organo estraneo alla gestione della società e indipendente dalla stessa come il Collegio Sindacale che, per esplicita previsione delle disposizioni di vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008, deve “vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni” e “accertare l’efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema di controlli e l’adeguato coordinamento delle medesime”⁹². Diversamente, l’assenza di una effettiva azione di coordinamento tra tali funzioni e, quindi, di una chiara individuazione delle loro responsabilità comporta che i vari soggetti deputati ai controlli sono destinati ad agire secondo logiche atomistiche, con la conseguenza che, come avviene nella pratica, si verificano sovrapposizioni e ridondanze quanto lacune e vuoti di operato⁹³.

⁹¹ Peraltro, è significativo osservare che anche l’attività del Collegio Sindacale è, per taluni aspetti, volta a garantire anche agli amministratori delle valutazioni utili per migliorare l’efficacia e l’efficienza dei processi aziendali, ma tale circostanza non consente di snaturarne la sua funzione di controllo che è principalmente orientata verso l’operato degli stessi amministratori e alla verifica che l’attività sociale si svolga nel rispetto della legge e dell’atto costitutivo e dei principi di corretta amministrazione; nè potrebbe consentirsi che il principale referente dell’attività dei sindaci sia proprio il consiglio di amministrazione. Sul punto, cfr. PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, in BIANCHINI-DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 144-145.

⁹² Diversa è invece la scelta effettuata nella Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, dove si prevede quanto segue: “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 [ovverosia, nel sistema tradizionale di governance, il consiglio di amministrazione] approva un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni 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”.

⁹³ Cfr. CECCHI-CORSINI-MENESTRINA, *Rischi operativi, modelli dei controlli interni, organi societari*, Milano, 2004, 29.

1.7. L'Internal audit

Il principale compito dell'Internal audit è quello di svolgere processi costanti di monitoraggio volti a verificare se, all'interno della struttura aziendale, le singole unità operative aziendali assolvano ai compiti loro devoluti. Si tratta di una funzione che in particolare ha il compito di accertare l'attendibilità delle informazioni contabili e finanziarie e di valutare la funzionalità, anche in termini di efficienza, del complessivo sistema dei controlli interni dovendo individuare i possibili fattori di incidenza negativa, e che può essere incaricato, sia dal Collegio Sindacale sia dagli amministratori, anche di compiti d'accertamento con riguardo a specifiche irregolarità.

L'analisi dei compiti e delle funzioni dell'Internal audit è fondamentale per delineare il peculiare ruolo assunto dal Collegio Sindacale nelle banche. E ciò perché l'Internal audit, da una parte, costituisce una fonte informativa per i sindaci che nelle società "ordinarie" di regola non esiste e, dall'altra, perché può svolgere in vece dei sindaci un analitico e specifico controllo sull'irregolarità e sulle disfunzioni all'interno di una banca.

Per quanto riguarda lo svolgimento concreto dell'attività dell'Internal audit, emerge infatti evidente la connessione funzionale con il Collegio Sindacale: come confermato dalle Istruzioni di Vigilanza, il Collegio Sindacale "*si avvale di tutte le unità delle strutture organizzative che assolvono funzioni di controllo, prima fra tutte l'Internal Audit*" e ha il compito di valutare "*il grado di efficienza e di adeguatezza del sistema dei controlli interni, con particolare riguardo ... al funzionamento dell'Internal Audit ...*"; viene poi espressamente stabilito che il responsabile di questa funzione debba periodicamente informare gli organi societari e il Collegio Sindacale relativamente all'attività svolta e agli esiti delle sue verifiche, segnalando senza indugio le "*anomalie, irregolarità o disfunzioni di una certa gravità*" riscontrate⁹⁴.

⁹⁴ La Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III, prevede che "il responsabile della funzione di revisione interna ha accesso diretto all'organo con funzione di controllo e comunica con esso senza restrizioni o intermediazioni".

L'Internal audit, anche grazie ai poteri ispettivi di cui è dotato, svolge il suo compito sia nel momento in cui emergono irregolarità organizzative e gestionali (sostituendosi ai sindaci nello svolgimento del c.d. "controllo a norma"), sia nella fase di predisposizione del sistema dei controlli interni elaborando le proposte di miglioramento ritenute necessarie: si tratta di un tipo di controllo ben più esteso di quello tradizionalmente attribuito ai servizi ispettivi che sono il loro antecedente storico, ovverosia i servizi ispettivi, nonché di quello tradizionalmente richiesto agli stessi sindaci, includendo appunto anche un'attività consultiva con riferimento all'intera attività bancaria, in particolare quella in divenire⁹⁵.

Proprio il supporto tecnico che l'Internal audit deve fornire al Collegio Sindacale consente a quest'ultimo di svolgere compiti diversi da quelli tradizionalmente riservatigli nelle società ordinarie: e cioè di non limitarsi a verifiche a campione connotate da un fine meramente sanzionatorio e solo rivolte all'individuazione *ex post* dell'errore e delle relative responsabilità, ma di intervenire soprattutto nella fase in cui debba essere realizzata l'architettura del sistema dei controlli interni e delle politiche di gestione del rischio, cercando di eliminare *ex ante* i punti di debolezza degli assetti dei controlli anche avvalendosi dei rilievi effettuati dall'Internal audit.

Lo stretto legame con il Collegio Sindacale non viene meno per il fatto che le banche possono esternalizzare la funzione di Internal audit, poichè se è vero che il controllo dovrebbe essere svolto da una struttura stabile all'interno dell'organizzazione bancaria, così da assicurare un controllo continuativo, sistematico e coordinato con il Collegio Sindacale e le funzioni di controllo di secondo livello, è anche vero che, ove sia salvaguardata l'efficacia del sistema dei controlli interni, non sembrano esservi validi argomenti per contrastare l'affidamento - obbligatoriamente subordinato a precise condizioni poste a tutela della maggiore economicità della scelta per le banche di modesta dimensione o appartenenti a un gruppo bancario - a un soggetto professionale esterno. Del resto, le stesse Istruzioni di Vigilanza e la Circolare n. 263 ammettono la possibilità di esternalizzare la funzione di Internal Audit ove tale scelta non incida in nessun modo sulle disposizioni concernenti "le

⁹⁵ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 61; in senso conforme, PALMA, (nt. 19), 35. Sulla figura degli ispettorati interni, si veda anche MORO VISCONTI, *Il collegio sindacale*, Roma, 1985, 237-241.

responsabilità dei vertici aziendali e la competenza e l'autonomia dei soggetti addetti a tale funzione" e indichi espressamente come sono assicurati i *"collegamenti con le funzioni svolte dal collegio sindacale"* ⁹⁶.

Ne consegue che, anche in caso di esternalizzazione della funzione di revisione interna, il nesso funzionale tra l'attività dell'Internal Audit e il controllo attribuito al Collegio Sindacale rimarrebbe nella sostanza immutato; diversamente la sana e prudente gestione potrebbe risultare vanificata e la stessa Banca d'Italia dovrebbe intervenire ⁹⁷.

⁹⁶ Come infatti stabilito dalle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione II, "nelle banche di dimensioni contenute, la limitata complessità operativa può rendere eccessivamente oneroso destinare stabilmente personale alla funzione di Internal audit. In tali casi, è possibile affidare a soggetti terzi lo svolgimento di tale funzione. Resta ferma la necessità di rispettare tutti i principi contenuti nella presente Sezione, in particolare per quel che concerne le responsabilità dei vertici aziendali e la competenza e l'autonomia dei soggetti addetti a tale funzione.

Inoltre, l'esternalizzazione deve risultare formalizzata in un accordo, che deve almeno definire:

- gli obiettivi, la metodologia e la frequenza dei controlli;
- le modalità e la frequenza dei rapporti all'alta direzione e al consiglio di amministrazione sulle verifiche effettuate;
- i collegamenti con le funzioni svolte dal collegio sindacale;
- la possibilità di rivedere le condizioni del servizio al verificarsi di modifiche di un certo rilievo nell'operatività e nell'organizzazione della banca;
- la possibilità di effettuare controlli al verificarsi di esigenze improvvise;
- gli obblighi di riservatezza e la proprietà esclusiva della banca dei risultati dei controlli;
- l'accesso completo e immediato dell'Autorità di vigilanza alla documentazione prodotta dai soggetti terzi".

Si osserva che le stesse Istruzioni di Vigilanza consentono espressamente anche la possibilità di delegare specifici controlli per i quali sia preferibile coinvolgere soggetti esterni dotati di conoscenze professionali specializzate: ciò è permesso indipendentemente dalle dimensioni e dalle singole caratteristiche della banca in questione con la condizione che siano previsti specifici protocolli di verifica dell'attività data in outsourcing. Infatti, si stabilisce la doverosa adozione di particolari cautele sin dalla stipulazione del contratto di outsourcing, anche perchè la responsabilità di eventuali disfunzioni rimane in capo ai vertici della banca esternalizzante.

In particolare, ci si è interrogati sull'opportunità di esternalizzare l'Internal audit a favore delle società di revisione posto che le Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia non escludono a priori questa possibilità: sul punto cfr. VICARI, (nt. 81), 31 ss.. Tuttavia, la Consob, con la comunicazione n. DEM/94875 del 27 dicembre 2000, è intervenuta in merito, negando la possibilità di coinvolgere la società di revisione nello svolgimento dei compiti affidati all'Internal audit, se non in relazione a specifici controlli per i quali le loro competenze in materia contabile potrebbero rivelarsi particolarmente utili, ferma la doverosa supervisione dell'Internal audit su tale operato in quanto, come stabilito dalle Istruzioni di Vigilanza, deve comunque essere in grado di intervenire, se lo ritiene. La principale argomentazione risiede proprio nella diversità di competenze possedute dalla società di revisione contabile il che induce a ritenere che essa non possa svolgere contemporaneamente ed efficacemente i compiti di consulenza e di controllo propri dei revisori interni a supporto del Collegio Sindacale.

⁹⁷ Come osservato da D'ANGELO, (nt. 62), 66-67, la decisione di esternalizzare la funzione di Internal audit "presuppone una preventiva comunicazione a Banca d'Italia, nella quale devono

1.8. L'indipendenza dell'Internal audit

Le Istruzioni di Vigilanza richiedono espressamente che l'Internal audit sia una funzione autonoma e indipendente, che i suoi componenti siano scelti dal Consiglio di Amministrazione e che gli specifici compiti siano prima definiti dall'Alta Direzione e poi approvati dal Consiglio.

Orbene, è corretta l'osservazione secondo cui la nomina consiliare permette di qualificare il ruolo dell'Internal audit come strategico e non semplicemente operativo; come è corretto dire che tale competenza consiliare ha comunque il pregio di sottrarre la nomina all'Alta Direzione che - come in precedenza già segnalato - non dovrebbe legittimamente poter scegliere coloro i quali la devono controllare⁹⁸, e ciò a differenza di quanto veniva stabilito nelle precedenti versioni delle Istruzioni di Vigilanza che poneva l'Internal audit alle dipendenze dirette del direttore generale e si limitava a raccomandare il mantenimento di un flusso informativo con il Collegio Sindacale⁹⁹.

Tuttavia, la nomina da parte del Consiglio di Amministrazione non pare sufficiente ad attribuire al requisito dell'indipendenza un significato davvero sostanziale, ma gli da un rilievo solo formale, di superficie, posto che anche in questo caso non è

essere specificate le ragioni della decisione e le modalità di svolgimento dei controlli, [il che] costituisce un atto dovuto al fine di consentire alla banca d'Italia la possibilità di valutare la scelta (ed il suo contenuto), alla luce delle esigenze della sana e prudente gestione della banca. Se infatti non è previsto il potere della Banca d'Italia di impedire l'esternalizzazione (giacché è destinataria di una comunicazione e non è chiamata a dare autorizzazioni o approvazioni, come ben avrebbe potuto essere ai sensi dell'art. 53 comma 2 TUB), è anche vero che essa potrà fare ricorso - oltre che al potere di moral suasion - ai diversi strumenti sanzionatori nei confronti delle banche e dei vertici aziendali, nonché al potere, previsto dall'art. 53 comma 3 lett. d, di "adottare (...) provvedimenti specifici nei confronti di singole banche per le materie indicate al comma 1 [tra le quali vi è anche quella dei controlli interni]".

⁹⁸ Si segnala che, come previsto dalle Disposizioni di Vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008, la nomina del responsabile della funzione di Internal audit - così come quella del responsabile della funzione di *compliance* - costituisce una competenza non delegabile da parte del Consiglio di Amministrazione; come anticipato, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III ha confermato che il responsabile della funzione di revisione interna è collocato alle "dirette dipendenze" dell'organo con funzione di supervisione strategica, e cioè, nel modello tradizionale di governance, il consiglio di amministrazione.

⁹⁹ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 62.

affatto garantito e scontato che i revisori interni non subiscano alcuna forma di pressione da parte di coloro che li hanno eletti e che in effetti sono anche coloro che approvano le strategie e l'orientamento del *business*.

Ecco perché, per ovviare a tale inconveniente, l'Internal audit dovrebbe avere i propri componenti nominati esclusivamente dal Comitato Controllo e Rischi - che è composto sì da consiglieri, ma pur sempre indipendenti¹⁰⁰ - se non addirittura dal Collegio Sindacale che, attualmente, come stabilito dalle Istruzioni di Vigilanza, può solo essere interpellato sulla nomina dei responsabili delle funzioni di controllo interno e non ha un vero e proprio potere di veto sui soggetti indicati dall'organo amministrativo.

Ma non è tutto, perché, sulla base delle competenze che le Istruzioni di Vigilanza attribuiscono al Consiglio di Amministrazione e all'Alta Direzione, è quest'ultima a definire i compiti dell'Internal audit, con il risultato che coloro che dovrebbero sottostare all'attività di controllo - *in primis*, l'Alta Direzione - sono proprio quelli che delineano le mansioni dei controllori i quali per nessun motivo dovrebbero essere sottoposti alle direttive dell'Alta Direzione.

Il fatto che le decisioni dell'Alta Direzione relative ai compiti dell'Internal audit debbano essere approvate dal Consiglio di Amministrazione non può rappresentare un efficace fattore di mitigazione di tale rischio: potrebbe invece esserlo solo se ci fosse una maggiore e più determinante cooperazione da parte del Comitato

¹⁰⁰ La soluzione di collocare l'Internal audit alle dipendenze del Comitato Controllo e Rischi è stata suggerita anche negli Stati Uniti. Infatti, il Nasdaq ha proposto all'autorità di vigilanza statunitense, la SEC, di imporre alle società quotate l'obbligo di istituire una funzione di Internal audit, che dovrebbe garantire un monitoraggio continuo sull'efficacia del sistema di controllo interno. Così come statuito dalla Rule 5645, l'audit committee sembra identificato come l'organo di supervisione sull'attività e sull'indipendenza dei componenti dell'Internal audit posto che, da una parte, "meet periodically with the company's internal auditors (or other personnel responsible for this function); e, dall'altra, "discuss with the outside auditors the responsibilities, budget, and staffing of the company's internal audit function". Inoltre, ove la funzione dell'internal audit fosse esternalizzata, si prevede che sia l'audit committee a mantenere l'esclusiva responsabilità di supervisionare la funzione di internal audit, non potendo delegare tale responsabilità a nessun altro comitato.

Tuttavia, si segnala che NORMAN-A.ROSE-J.ROSE, *Internal audit reporting lines, fraud risk decomposition, and assessments of fraud risk*, in *Accounting, Organizations and Society*, 35, 2010, 546-557, hanno dimostrato che nelle società statunitensi in cui l'internal audit è posto alle dirette dipendenze del comitato audit sono riscontrabili maggiori rischi di conflitti di interesse che pregiudicano l'operato dei revisori interni.

Controllo e Rischi e soprattutto del Collegio Sindacale, nel senso che, mentre i Consiglieri di Amministrazione sono certamente prossimi all'Alta Direzione a cui hanno affidato la gestione della banca e di cui tendono a "fidarsi", i componenti del Comitato Controllo e Rischi, in quanto consiglieri in maggioranza indipendenti, e, soprattutto, i sindaci potrebbero più efficacemente sostituirsi, o quantomeno affiancarsi, al Consiglio nello stabilire i compiti da attribuire all'Internal audit.

Non si può non ricordare che già lo stesso Legislatore bancario, tramite le Istruzioni di Vigilanza, ha previsto che il Collegio Sindacale deve costantemente verificare che alla funzione di Internal audit sia riconosciuta la necessaria autonomia e indipendenza¹⁰¹; e, in aggiunta, anche il Codice di Autodisciplina già prevede che i componenti del Comitato Controllo e Rischi devono essere interpellati sui predetti profili, essendo tenuti a pronunciarsi in modo vincolante sulla nomina dei responsabili dei controlli di terzo livello indicati dal Consiglio e ad esaminare il piano audit predisposto: interventi, questi, che di per sè sono apprezzabili perchè potrebbero attenuare il rischio della perdita o limitazione di autonomia derivante dalla nomina consiliare dei componenti dell'Internal audit, come pure dall'approvazione e dalla definizione dell'audit plan da parte del *management*. Tuttavia, è evidente che i rischi di una interferenza nell'attività di controllo dell'Internal audit potrebbero essere completamente evitati soltanto laddove il coinvolgimento del Comitato Controllo e Rischi e del Collegio Sindacale fosse in grado di vincolare gli amministratori: il che, come si è detto, è stato di recente ammesso dalla nuova versione del Codice di Autodisciplina soltanto con riferimento al parere che il Comitato Controllo e Rischi è tenuto a formulare in sede di nomina del responsabile dell'Internal audit ma è difficilmente ammissibile in merito alla definizione del piano audit posto che il Comitato svolge sempre e comunque una attività meramente istruttoria; mentre, con riferimento al Collegio Sindacale, è una soluzione auspicabile, ma la cui compatibilità con la divisione dei

¹⁰¹ Si ricorda inoltre che, anche ai sensi della norma 3.3. dei principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili, il collegio sindacale deve valutare l'indipendenza e la qualificazione professionale dei componenti dell'Internal Audit e deve esaminare i compiti e i poteri attribuiti a tale funzione dagli amministratori. Sul punto, si veda anche Valensise, (nt. 13), 124-125.

poteri - di gestione e di controllo - tradizionalmente prevista nel nostro ordinamento sarà analizzata più approfonditamente nel prossimo capitolo.

Ciò detto, si segnala fin d'ora che sulla proposta di far dipendere l'Internal audit dal Collegio Sindacale potrebbe essere obiettato che l'affidamento ai sindaci della nomina dei suoi componenti e della definizione dei loro compiti rischierebbe di risolversi in uno strumento posto nelle loro mani per condizionare la gestione della società: infatti, i sindaci, trascurando i rilievi effettuati dall'Internal audit, potrebbero di fatto consentire il mancato rispetto da parte delle strutture operative di quelle direttive del *management* che non condividessero¹⁰².

Orbene, per quanto quest'ultimo rilievo sia certamente da tenere in debita considerazione, i sindaci, così facendo, sarebbero inadempienti ai loro doveri di vigilanza e collaborazione con gli amministratori, in quanto il loro ruolo non può e non deve risolversi soltanto in un attività di mera contrapposizione nei confronti degli amministratori; inoltre, le Istruzioni di Vigilanza impongono all'Internal audit un flusso informativo diretto anche verso gli amministratori, sicchè, anche qualora i sindaci rimanessero inerti e non segnalassero le irregolarità compiute, l'Internal audit sarebbe direttamente responsabile per non aver comunicato anche al Consiglio di Amministrazione e all'Alta Direzione quanto riscontrato e per aver così impedito che fossero assunti gli opportuni provvedimenti¹⁰³.

Il problema di fondo è che l'attuale meccanismo di nomina e di definizione delle mansioni costituisce una situazione di evidente conflitto di interessi che, in una prospettiva patologica, può compromettere una funzione che è essenziale affinché l'intero sistema dei controlli interni sia efficace e garantisca al Collegio Sindacale la possibilità di svolgere effettivamente quel ruolo di supervisore ultimo sull'assetto

¹⁰² Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 63 e, in particolare, nota 72.

¹⁰³ Infatti, come stabilito dalle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, "Il responsabile dell'internal audit dovrà regolarmente informare il consiglio di amministrazione, il collegio sindacale e l'alta direzione dell'attività svolta e dei risultati di questa". La stessa definizione di Internal auditing elaborata dall'Institute of Internal Auditors - richiamata da IRRERA, (nt. 16), 193 - induce a ritenere che l'internal audit abbia una funzione più ampia di quella di controllo, ma si inserisce nell'ambito dei controlli per l'amministrazione posto che è "un'attività indipendente e obiettiva di assurance e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione. Assiste l'organizzazione nel perseguimento dei propri obiettivi tramite un approccio professionale sistematico, che genera valore aggiunto in quanto finalizzato a valutare e migliorare i processi di controllo, gestione dei rischi e corporate governance".

dei controlli, attribuitogli dalle Istruzioni di Vigilanza, svolgendo un controllo che non è più solo analitico ed *ex post* rispetto alle irregolarità e ai danni che possono essere arrecati a una società bancaria.

L'attuale - formale - mancanza di un vincolo gerarchico rispetto a qualsiasi organo societario¹⁰⁴, che oggi è giustificata dall'esigenza di indipendenza dei revisori interni, pone l'Internal Audit al servizio di tutti gli organi societari della banca e quindi in una posizione di possibile "disorientamento" o addirittura di stallo nello svolgimento della sua attività di controllo, specie allorquando emergano diversità o divergenze di vedute e di richieste tra i vari organi della banca con pregiudizio della intera funzione ¹⁰⁵. Non può che derivarne quindi un giudizio di sostanziale opportunità all'individuazione di un organo, davvero indipendente, che possa svolgere il ruolo di riferimento ultimo e sovraordinato rispetto agli assetti e al funzionamento dell'intera struttura del controllo interno, facendo sì che le molte e diverse aree, più o meno separate tra loro, in cui si articola l'organizzazione aziendale si trovino a coordinarsi e a collaborare l'una con le altre in modo efficiente anche grazie alla supervisione (per non dire la regia) di un organo preposto al presidio dell'adeguatezza, strutturale e funzionale, del complessivo sistema dei controlli; organo, questo, che nel sistema tradizionale potrebbe essere identificato proprio nel Collegio Sindacale.

1.9. Il controllo contabile e il Collegio Sindacale

Il controllo contabile è certamente un momento essenziale del sistema dei controlli interni ed è funzionale a garantire la veridicità delle informazioni contabili rese al pubblico e, principalmente, del bilancio attraverso il quale i soci e i creditori

¹⁰⁴ Si segnala tuttavia che nel Codice di Autodisciplina per le società quotate e, precisamente, nel commento all'art. 7 si ammette che "i poteri riservati al consiglio di amministrazione [in relazione all'internal audit] denotano l'esistenza di un vero e proprio rapporto gerarchico nei confronti del responsabile della funzione di internal audit". Inoltre, come già ricordato, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione III ha confermato che il responsabile della funzione di revisione interna è collocato alle "dirette dipendenze" dell'organo con funzione di supervisione strategica, e cioè, nel modello tradizionale di governance, del consiglio di amministrazione.

¹⁰⁵ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 64-65.

valutano la situazione patrimoniale e finanziaria della società e, facendo affidamento sulla correttezza di tali informazioni, decidono dei loro rapporti con la stessa. Poichè gli amministratori sono anche i redattori del bilancio, e quindi in tale modo danno conto del proprio operato, tra le molte tutele poste dal legislatore a favore di una corretta rappresentazione della gestione vi deve essere quella che preveda che la preventiva verifica dell'effettiva rispondenza del bilancio ai fatti di gestione sia effettuata da soggetti che siano indipendenti (evidentemente dagli amministratori)¹⁰⁶.

Mentre nella maggior parte degli ordinamenti esteri il controllo contabile è tradizionalmente attribuito in via esclusiva a un soggetto esterno, nel nostro ordinamento era invece originariamente affidato al Collegio Sindacale il compito di verificare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza di alcune norme per la valutazione del patrimonio della società¹⁰⁷. Ai sindaci era poi assegnato il compito di controllare almeno ogni trimestre la consistenza di cassa e l'esistenza dei valori e dei titoli di proprietà sociale o ricevuti dalla società in pegno, cauzione o custodia¹⁰⁸. Con l'evoluzione del mercato, emerse però l'inidoneità dei sindaci ad assolvere da soli i compiti a loro assegnati, e, per questo motivo, si rese necessario un intervento legislativo volto a riformare le mansioni del Collegio Sindacale, quantomeno nell'ambito delle società quotate: la legge n. 216 del 1974 attribuì infatti a dei revisori esterne funzioni di controllo contabile e di valutazione del patrimonio sociale, nonché la certificazione del bilancio. Scelta che è stata poi confermata e chiarita con l'introduzione del TUF, che ha disciplinato in modo più analitico le competenze del Collegio Sindacale.

Quanto invece alle società non quotate e non tenute alla redazione del bilancio consolidato, il controllo contabile poteva rimanere attribuito ancora al Collegio Sindacale, perchè si riteneva che la struttura e le dimensioni di queste società non

¹⁰⁶ Cfr. RIGOTTI, *sub art.* 2403, in GHEZZI (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, 161.

¹⁰⁷ Ci si riferisce alle norme che erano richiamate nella previgente formulazione dell'art. 2425 c.c..

¹⁰⁸ Cfr. MORO VISCONTI, (nt. 95), 46. Per una analisi storica delle competenze del collegio sindacale, v. CESARONI, *Il collegio sindacale nella corporate governance delle società italiane. Profili economico-aziendali*, Torino, 2004, 1-39; v. anche COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970, 56 ss..

fossero molto complesse e non tali da richiedere l'imposizione di particolari procedure di controllo: il che, tuttavia, non è sempre vero specie se le società chiuse svolgano attività bancaria che è caratterizzata da profili operativi e di rischio rispetto ai quali la presenza dei soli sindaci è certamente inadeguata¹⁰⁹.

Per questo motivo, è intervenuto il d.lgs. 27 gennaio 2010 n. 39, attuativo della direttiva, 2006/43/CE, che ha espressamente vietato per i cc.dd. "enti di interesse pubblico" - tra i quali, oltre alle società quotate, sono incluse anche le società bancarie - di affidare la revisione legale al Collegio Sindacale¹¹⁰.

Si tratta di una decisione che è certamente condivisibile in quanto permette di affidare il controllo contabile e di bilancio a un soggetto a ciò dedicato e certamente dotato di maggiori requisiti di professionabilità¹¹¹, ma che è stata oggetto di critiche per il (presunto) rischio che venga compromessa la capacità del Collegio Sindacale di svolgere con efficacia quel controllo sull'amministrazione che spesso, per rilevare l'esistenza di eventuali comportamenti negligenti del *management*, non può prescindere dall'analisi delle procedure contabili e del bilancio¹¹².

Queste critiche non sono tuttavia fondate perchè, in realtà, l'attribuzione del controllo contabile a un soggetto esterno non esime del tutto il Collegio Sindacale dal controllo di natura contabile, posto che il suo dovere di vigilare sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo a

¹⁰⁹ Cfr. BERTELOTTI, (nt. 4), 286.

¹¹⁰ Per una analisi più dettagliata delle disposizioni del D. Lgs. 39/2010, si rinvia a: BERTELOTTI, *Il collegio sindacale e la revisione dei conti*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, vol. I, Bologna, 2012, 966 ss.; BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, 1156 ss.; SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 2010, 565 ss.; TOFFOLETTO-BEVILACQUA, *La disciplina della revisione legale dei conti negli enti di interesse pubblico*, in *Le Società*, 2010, 27 ss..

¹¹¹ Del resto, negli anni è stato aspramente criticato il fatto che il collegio sindacale doveva effettuare sia un controllo sulla gestione sia un controllo sulla contabilità. Cfr., per tutti, CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 260. In proposito, si segnala che MARIANI-TETTAMANZI-CORNO, *External Auditing vs. statutory committee auditing: the italian evidence*, in *Int. Journal of Auditing*, 14, 2010, 25-40, hanno dimostrato la maggiore accuratezza dei controlli contabili quando vengono affidati a soggetti esterni rispetto a quando gli stessi sono svolti dal collegio sindacale.

¹¹² Di questo avviso, già NIGRO, *Le scritture contabili*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, diretto da GALGANO, II, Padova, 1978, 222, nt. 36; v. anche FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, Napoli, 1985, 8 ss.; in senso conforme anche TOMBARI, (nt. 10), nt. 30.

rappresentare i fatti di gestione ¹¹³, comporta inevitabilmente che il Collegio non si limiti ad accertare la formale esistenza di procedure di controllo contabile ma sia tenuto comunque a effettuare verifiche a campione ¹¹⁴.

E' poi significativo osservare che nell'ambito della disciplina delle società comuni non quotate (comprese quindi quelle bancarie) non è stato abrogato l'art. 2426 nn. 5 e 6 c.c. ai sensi del quale serve il consenso del Collegio Sindacale per l'iscrizione in bilancio dei costi di impianto e di ampliamento, dei costi di ricerca, di sviluppo e di pubblicità aventi utilità pluriennale e dell'avviamento ¹¹⁵: la *ratio* della norma è quella di salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale per evitare che sia "sovrapvalutato" a causa della omessa imputazione a conto economico di costi che non abbiano vera utilità pluriennale e la cui capitalizzazione serve solo a celare le

¹¹³ Come statuito dalla norma 3.6 dei principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili, "il sistema amministrativo-contabile può definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa. Un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette: la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione; la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale; la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio".

In particolare, come previsto dalla Norma 3.7 dei principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, il collegio sindacale deve verificare per legge: (i) che gli schemi di stato patrimoniale e conto economico siano conformi alle disposizioni degli artt. 2424, 2424-bis, 2425 e 2425-bis c.c.; (ii) che nella nota integrativa siano stati indicati i criteri di valutazione seguiti e che siano conformi alla legge ex art. 2423-bis ss. c.c. e ai principi contabili adottati; (iii) che la nota integrativa e la relazione sulla gestione siano chiare ed esaustive e abbiano il contenuto previsto dalla legge dagli artt. 2427 e 2427-bis e 2428 c.c.; e, infine, (iv) la correttezza e la legittimità dell'eventuale deroga dell'art. 2423, comma 4, c.c. cui abbiano fatto ricorso gli amministratori.

¹¹⁴ Cfr. BERTOLOTTI, (nt. 4), 287-291; CHIAPPETTA, (nt. 20), 145; D'ANGELO, (nt. 62), 136, nota 1; RIGOTTI, (nt. 106), 199. V. anche PROVASOLI, (nt. 50), 108-109.

Del resto, le stesse Disposizioni di Vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008 prevedono che "nelle banche che, per disposizione inderogabile o per scelta statutaria, affidano il controllo contabile a un revisore esterno, l'organo di controllo, principalmente tenuto a svolgere verifiche sulla gestione, conserva compiti connessi con la valutazione dell'adeguatezza e della funzionalità dell'assetto contabile, ivi compresi i relativi sistemi informativi, al fine di assicurare una corretta rappresentazione dei fatti aziendali". Inoltre, nell'ambito delle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, 1.1, si prevede che "il collegio sindacale richiede [...] alla società di revisione tutti i dati e le informazioni utili per il controllo di propria competenza, con particolare riferimento a quelli relativi all'adeguatezza e all'affidabilità del sistema amministrativo-contabile".

¹¹⁵ Nelle società quotate l'art. 154 comma 1 TUF prevede l'inapplicabilità dell'art. 2426 comma 1 n. 5 e 6 c.c..

perdite¹¹⁶. Situazione, questa, che esige un controllo ulteriore rispetto a quello dei revisori esterni e giustifica l'intervento obbligatorio del Collegio Sindacale che deve dare sul punto un parere vincolante.

Infine, si ricorda anche che i sindaci devono tutt'ora pronunciarsi in merito alla situazione patrimoniale ex art. 2446 c.c., e che il secondo comma dell'art. 2429 c.c. impone al Collegio Sindacale di redigere la relazione al bilancio e - così come stabilito anche dall'art. 153 TUF per le società quotate - gli attribuisce il potere di formulare proposte all'assemblea in merito alla sua approvazione ¹¹⁷.

Dunque, alla luce di quanto detto, il ruolo dei sindaci include ancora valutazioni che sono riconducibili al controllo contabile, ancorchè siano limitate ad alcuni aspetti e, di norma, possano svolgersi con indagini non analitiche ma a campione: in altre parole, i sindaci assumono una posizione di supervisione sovra-ordinata anche rispetto al soggetto esterno competente alla revisione dei conti.

Questa conclusione trova accoglimento nel disposto dell'art. 19 del già menzionato decreto 39/2010, che richiede l'istituzione del c.d. "comitato per il controllo interno e la revisione contabile", cui viene affidato un ruolo di vertice, avendo il compito di supervisione e di vigilanza sul processo di informativa finanziaria, sull'attività di revisione legale dei conti e sull'indipendenza del revisore. Si tratta di un organo al quale deve essere presentata una relazione sulle questioni più importanti emerse

¹¹⁶ Cfr. MATINO-BOTTINI-ROLFI, *Gli organi di controllo societario*, Milano 2005, 106-107. Secondo gli Autori, la valutazione affidata ai sindaci in merito ai costi di impianto e di ampliamento "si rivela più semplice in quanto si tratta di [quantificare] i costi di costituzione e per l'ottenimento di autorizzazioni amministrative, [mentre] per quanto riguarda gli altri costi invece l'esame delle diverse fattispecie deve essere condotto in modo particolarmente attento. I costi di ricerca e sviluppo possono essere iscritti all'attivo se è prevedibile una loro utilità futura e se i costi sostenuti potranno essere recuperati dai successivi ricavi; il collegio deve quindi preoccuparsi se il progetto definito è realizzabile e se la ricerca effettuata ha dato luogo a un prodotto commercializzabile i cui futuri ricavi stimabili consentiranno il recupero dei costi sostenuti. I costi di pubblicità possono essere capitalizzati solo se sono riferiti a prodotti di nuova introduzione nel mercato. Per quanto riguarda i costi dei brevetti industriali e dei diritti delle opere dell'ingegno occorre fare riferimento agli effettivi costi sostenuti. I costi relativi alle concessioni amministrative e alle licenze e quelli relativi ai marchi possono essere iscritti in bilancio in quanto acquistati e abbiano utilità pluriennale". Infine, "l'avviamento per l'acquisizione di una azienda o di un ramo d'azienda può essere iscritto se acquistato a titolo oneroso e nel limite del costo sostenuto e nel caso gli amministratori propongano un periodo di ammortamento superiore ai cinque esercizi, il collegamento deve accertare se esistono i presupposti che giustificano il periodo di tempo proposto".

¹¹⁷ Cfr. BERTELOTTI, (nt. 4), 288-289; v. anche MONTALENTI-BALZOLA, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, Bologna, 2010, 1944.

nell'ambito dell'attività di revisione e, in particolare, sulle criticità rilevate nel processo di informativa finanziaria: "e ciò sull'evidente presupposto che al [predetto comitato] spettino un ruolo, dei poteri (di intervento) e dunque (anche) una responsabilità, in punto di vigilanza sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile interno alla società"¹¹⁸.

Questo incarico, nel sistema tradizionale di governance italiano, è stato esplicitamente attribuito proprio al Collegio Sindacale, il cui ruolo di supervisione e di vertice, nell'ambito del sistema dei controlli interni, viene confermato¹¹⁹; tale scelta è significativa e non può che sottendere un evidente *favor* del Legislatore per l'indipendenza garantita dal controllo dei sindaci in quanto l'art. 41 della direttiva 43/2006/CE consentiva agli Stati membri di affidare i compiti del comitato per la revisione contabile anche a un organismo *ad hoc* nominato dai soci oppure ai componenti non esecutivi dell'organo amministrativo¹²⁰.

Ciò detto, il ruolo di vertice attribuito al Collegio Sindacale non può tuttavia arrivare fino a interferire sulle specifiche modalità di svolgimento dell'incarico del revisore legale dei conti. Diversamente, si consentirebbero indebite intromissioni del Collegio Sindacale che potrebbero pregiudicare l'autonomia del giudizio professionale di competenza esclusivamente dei revisori esterni¹²¹: infatti, l'art. 19 del decreto 39/2010 prevede semplicemente una più approfondita supervisione da parte del Collegio Sindacale sul progressivo avanzamento del lavoro di revisione e dei suoi eventuali snodi critici, fermo restando che i revisori esterni devono essere lasciati liberi di giungere alle conclusioni che ritengono più opportune¹²².

¹¹⁸ Così, BENAZZO, (nt. 13), 411.

¹¹⁹ Così, ancora, BENAZZO, (nt. 13), 411; nello stesso senso, ABRIANI, (nt. 17), 2013, 9.

¹²⁰ Cfr. ABRIANI, (nt. 17), 10.

¹²¹ Cfr. MANZONETTO, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 121; nello stesso senso MONTALENTI, (nt. 49), 94 ss..

¹²² Come osservato da MANZONETTO, (nt. 121), 120-121, il rapporto tra il Collegio Sindacale e la società di revisione deve essere caratterizzato da veri e propri incontri programmatici, che devono avvenire in presenza anche dei componenti del Comitato Controllo e Rischi al quale il Codice di Autodisciplina attribuisce il compito di vigilare sulla corretta applicazione dei principi contabili; in senso adesivo, ABRIANI, (nt. 17), 12.

1.10. Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili

Restano infine da esaminare i rapporti del Collegio Sindacale con la figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, la cui presenza nelle società quotate è stata resa obbligatoria con la L. 262/2005¹²³.

Come stabilito dall'art. 154-bis TUF, sono affidati al dirigente preposto due tipologie di compiti. Anzitutto, gli è attribuito il compito di predisporre adeguate procedure amministrativo-contabili per l'elaborazione del bilancio di esercizio, del bilancio consolidato e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario. Inoltre, il dirigente deve rilasciare due attestazioni: la prima avente a oggetto la corrispondenza tra le scritture e i documenti contabili e le comunicazioni diffuse dalla società al mercato; la seconda attestazione deve invece essere rilasciata insieme agli organi amministrativi delegati e deve essere contenuta in una relazione allegata al bilancio, al bilancio semestrale abbreviato e, se redatto, al bilancio consolidato ed è volta ad assicurare l'effettiva applicazione delle procedure predisposte, la conformità dei bilanci ai principi contabili internazionali applicabili, alle risultanze dei libri e scritture contabili e la loro idoneità a fornire una rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società¹²⁴.

¹²³ Sulla figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, si veda IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 484 ss.; DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le Società*, 2006, 401 ss.; MATTEI GENTILI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili ai sensi della legge sulla tutela del risparmio: profili organizzativi*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Bologna, 2007, 61 ss.; MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1956 ss.; SANTOSUOSSO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 133 ss..

¹²⁴ Come osservato da INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 368, il modello di riferimento della figura del dirigente preposto sono le disposizioni statunitensi del Sarbanes-Oxley Act e, in particolare, la Section 302, la Section 404 e la Section 906 che impongono in capo al principal executive officer e al principal financial officer - e cioè a figure del *top management* - obblighi di certificazione dei conti annuali e trimestrali, dei rendiconti periodici, l'obbligo di predisporre procedure di controllo interno, e, infine, l'obbligo di attestare nel bilancio annuale l'effettivo funzionamento delle stesse: così facendo, si cerca di ostacolare le frodi contabili, che non possono essere perfezionate senza la complicità di questo soggetto e, pertanto, si fornisce una maggiore garanzia anche agli amministratori non esecutivi che sono chiamati ad approvare le relazioni finanziarie (Cosi, BIANCHINI-DI NOIA, *Il reticolo dei*

I compiti attribuiti al dirigente preposto presuppongono un continuativo raccordo sia con il soggetto adibito alla revisione dei conti - che è il soggetto più in grado di aiutare il dirigente a rilevare eventuali frodi contabili - sia con il Collegio Sindacale, al quale, come si è già detto, è attribuito il ruolo di supervisione sul momento organizzativo di predisposizione delle procedure amministrativo-contabili e sui processi di informativa finanziaria ¹²⁵: laddove il Collegio Sindacale dovesse ritenere sussistenti negligenze da parte del dirigente preposto, sarà chiamato a informare, oltre al dirigente stesso, il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione, e, in mancanza degli opportuni provvedimenti, anche i soci e, se del caso, Banca d'Italia ex art. 52 TUB. Naturalmente, nelle più gravi situazioni in cui vi sia una collusione tra il dirigente preposto e l'organo amministrativo, il Collegio Sindacale potrà esercitare l'azione di responsabilità anche nei confronti del dirigente preposto ai sensi del combinato disposto degli artt. 154-bis, comma 6, TUF e 2393 comma 3 c.c.. Ciò premesso, occorre ora soffermarsi sulla collocazione organizzativa del dirigente preposto e sul ruolo che i sindaci devono svolgere a garanzia dell'indipendenza di questa figura.

Come anticipato, al dirigente preposto viene applicata, per effetto del rinvio operato dall'art. 154-bis TUF, il regime di responsabilità previsto per gli amministratori sul presupposto che l'attività del dirigente preposto non si esplica come un'attività di controllo su documenti predisposti da altri, ma si traduce in attestazioni effettuate da parte di un soggetto che contribuisce in posizione apicale alla elaborazione di quanto attestato ¹²⁶. Per questo motivo il dirigente preposto non può che collocarsi al vertice della struttura gestionale sotto la responsabilità dell'organo amministrativo: e dunque in una posizione molto diversa da quella degli altri organi e funzioni del sistema di controllo interno che sono tenuti invece ad effettuare un'attività di verifica su atti o attività di altri soggetti e che pertanto, dovendo svolgere un

controlli societari: lo stato dell'arte, in BIANCHINI-DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 14; v. anche MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1957).

¹²⁵ Cfr. INNOCENTI, (nt. 124), 368.

¹²⁶ In tal senso, Assonime, Circolare del 12 aprile 2006; v. anche IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 282; STRAMPELLI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 550 ss..

controllo “sull’amministrazione”, non possono dipendere proprio da coloro che devono essere controllati.

E’ tuttavia evidente che l’effettiva utilità del dirigente preposto dipende dal grado di autonomia riconosciutogli rispetto ad altri organi e funzioni aziendali e dalle scelte in concreto effettuate dai soci sui meccanismi di nomina e sui poteri e le risorse assegnati al dirigente preposto. In virtù della libertà riconosciuta dall’art. 154-bis TUF all’autonomia statutaria, il conferimento dell’incarico al dirigente preposto può infatti provenire dall’Assemblea dei soci oppure dal Consiglio di Amministrazione oppure ancora da uno o più amministratori delegati, fermo restando che il Collegio Sindacale è chiamato a rilasciare un parere obbligatorio (ma non vincolante)¹²⁷.

Si potrebbe per un verso ritenere che la scelta più opportuna potrebbe apparire quella di coinvolgere a tal fine il Consiglio di Amministrazione, essendo l’organo a cui spetta la gestione e l’organizzazione dell’impresa, se non addirittura gli amministratori delegati.

Per altro verso, però, la nomina consiliare, e a maggior ragione quella eventualmente demandata agli amministratori delegati, potrebbe influenzare negativamente l’autonomia del dirigente preposto¹²⁸.

E’ pur vero che la necessità di ottenere un parere in merito da parte del Collegio Sindacale potrebbe scongiurare il rischio della scelta di persone “vicine” all’organo amministrativo e quindi inclini a subire influenze da parte dello stesso; ma tale parere può solo attestare la presenza dei requisiti di professionalità, oltretutto al

¹²⁷ Cfr. INNOCENTI, (nt. 124), 359.

¹²⁸ MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1959. Come osservato da INNOCENTI, (nt. 124), 360, “l’attribuzione del potere di nomina agli organi amministrativi delegati suscita perplessità non solo per la potenziale compressione della autonomia operativa del dirigente preposto, ma anche per una non completa coincidenza delle funzioni rispettivamente attribuite dalla legge in materia contabile. Se infatti la predisposizione di adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione dei bilanci avvicina il dirigente preposto alla sfera di competenza degli organi delegati, lo stesso non può dirsi per l’altro profilo di competenza del dirigente preposto, concernente il contenuto più squisitamente tecnico-contabile della redazione dei bilanci”, e cioè “le asseverazioni richieste dalla legge circa la corrispondenza dei bilanci (e delle comunicazioni in genere relative a informative contabili) alle risultanze dei documenti amministrative e delle scritture contabili. Sotto questo profilo, anche in considerazione del fatto che la redazione del bilancio non può formare oggetto di delega amministrativa, la nomina del dirigente preposto da parte degli organi amministrativi delegati - al pari della attestazione congiunta in ordine ai documenti contabili di sintesi - appare quanto mai incoerente e inopportuna”.

momento dell'affidamento dell'incarico: ne discende che non è in grado di impedire eventuali interferenze, più o meno esplicite, dell'organo amministrativo e, in particolare, degli amministratori delegati sull'attività del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili.

Come soluzione alternativa, la nomina potrebbe allora essere demandata all'Assemblea (magari selezionando nell'ambito di un elenco di nominativi forniti dal Consiglio di Amministrazione)¹²⁹, anche se è evidente che, in strutture azionarie "concentrate", il dirigente preposto sarebbe comunque espressione della volontà dei soci che, a loro volta, nominano gli stessi amministratori¹³⁰.

Occorre quindi chiedersi se piuttosto non sia opportuno rendere vincolante il parere del Collegio Sindacale sulla nomina del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili, così da rafforzare l'indipendenza di questa figura: ma, come anticipato, il silenzio in proposito della legge induce a propendere per la non vincolatività¹³¹.

Una soluzione potrebbe allora essere quella di attribuire al parere del Collegio Sindacale il valore di una autorizzazione: così facendo, laddove tale parere fosse positivo, lo stesso non potrebbe comunque vincolare il *management*, mentre, laddove fosse negativo, non potrebbe essere ignorato dai consiglieri di amministrazione i quali dovrebbero cercare un soggetto di gradimento del Collegio Sindacale. Ne deriverebbe quindi una maggiore tutela della autonomia e indipendenza di cui deve

¹²⁹ Cfr. SANTOSUOSSO, (nt. 123), 137; nello stesso senso, Circolare Assonime, 12 aprile 2006.

¹³⁰ Occorre anche segnalare che la nomina assembleare è poco coerente con il contenuto gestorio della decisione su chi nominare come dirigente preposto alla redazione dei documenti contabile e potrebbe forse ritenersi inopportuna perchè la valutazione dei requisiti di professionalità presuppone competenze ed esperienze che spesso non appartengono all'assemblea. Tuttavia, onde evitare quest'ultima problematica, si potrebbe ipotizzare un maggior coinvolgimento del collegio sindacale nell'individuazione dei candidati da sottoporre all'assemblea (in tal senso, INNOCENTI, (nt. 124), 360) e, laddove si volesse evitare il rischio che il dirigente preposto sia di fatto espressione solo dei soci di controllo, una soluzione ottimale potrebbe essere quella di attribuire la nomina del dirigente preposto a una minoranza "qualificata".

¹³¹ Cfr. MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1960.

Si osserva che, anche con riferimento al conferimento dell'incarico di revisione legale, quest'ultimo è conferito ex art. 13 comma 1 D.Lgs. n. 39/2010 dall'assemblea sulla base di una proposta motivata del collegio sindacale. Inoltre, in caso di revoca dell'incarico di revisione legale per giusta causa, non è più previsto l'intervento del Tribunale, ma, ai sensi dell'art. 13 comma 3, il collegio sindacale deve presentare, unitamente al proprio parere sulla revoca, anche una proposta motivata di nomina affinché l'assemblea possa, contestualmente alla revoca eventualmente deliberata, conferire un nuovo incarico ad altro soggetto competente.

godere il dirigente preposto in funzione degli interessi che lo stesso mira a tutelare¹³².

E' invece indiscutibile la necessità di attribuire un ruolo determinante al Collegio Sindacale in merito alla revoca del dirigente preposto: ma anche su questo profilo la normativa attuale lascia ampia autonomia allo statuto, tant'è che potrebbe addirittura esservi stabilito che, in caso di contrasti non componibili tra gli organi delegati e il dirigente preposto, la revoca del secondo possa essere decisa dai primi in assoluta libertà.

Inutile dire che questa è soluzione non condivisibile, posto che l'indipendenza del dirigente preposto dovrebbe essere garantita attraverso l'assegnazione per statuto del potere di revoca al *plenum* del Consiglio di Amministrazione, se non addirittura proprio al Collegio Sindacale; troppo evidente, in caso contrario, il rischio che la revoca del dirigente preposto sia conseguenza del fatto che quest'ultimo abbia opposto resistenza a pratiche contabili scorrette: e cioè proprio il caso in cui deve essere messa alla prova e garantita la sua capacità di rappresentare realmente il tutore della correttezza dell'informazione contabile¹³³.

1.11. Riepilogo

Alla luce di quanto sopra osservato, si possono sinteticamente trarre le prime conclusioni sul ruolo che il Collegio Sindacale, in ambito bancario, deve svolgere nei rapporti con gli altri organi e funzioni del sistema di controllo interno:

- (i) quanto ai rapporti con il Consiglio di Amministrazione e l'Alta Direzione, il ruolo del Collegio Sindacale non è solo quello, tradizionalmente riconosciutogli, di controllare la regolarità della gestione degli

¹³² Si tratta però di una soluzione che a sua volta potrebbe incidere sul regime di responsabilità dei sindaci: come sostenuto da INNOCENTI, (nt. 124), 373, se il danno subito dalla società o da terzi fosse stato causato da carenze professionali del dirigente preposto, manifestamente accertabili ab origine, il collegio sindacale potrebbe essere infatti ritenuto responsabile per aver avallato la sua nomina.

¹³³ Cfr. STRAMPELLI, (nt. 126), 542.

amministratori, ma anche quello di svolgere una funzione di supervisione sui flussi informativi a favore degli amministratori non esecutivi. Infatti, i sindaci intrattengono flussi informativi continui con le funzioni di secondo e terzo livello e, pertanto, devono rielaborare e trasmettere tali informazioni ai consiglieri di amministrazione che non partecipano in prima persona alla gestione; inoltre, è opportuno che siano coinvolti, così come avviene nel sistema dualistico con il consiglio di sorveglianza, già al momento dell'assunzione di una decisione "strategica" come quella sulla definizione dei flussi informativi ulteriori rispetto a quelli imposti *ex lege*: soluzione, quest'ultima, che non è però seguita dalla disciplina bancaria che attribuisce tale competenza solamente al *top management*, rischiando così di creare un pericoloso conflitto di interessi a danno della completezza e dell'imparzialità dell'informazione.

(ii) con riferimento ai rapporti con i controlli di secondo e terzo livello, il Collegio Sindacale assume il ruolo di "supervisore" con lo scopo di coordinare le diverse attività di controllo. I controlli di secondo e terzo livello dovrebbero infatti operare in modo sinergico e come parte di un unico centro di controllo, sotto la supervisione del Collegio Sindacale: e ciò per evitare, da un lato, pericolosi conflitti di interessi tali da ledere l'effettività dei controlli (come potrebbe avvenire laddove i compiti e gli stessi componenti dei controlli di secondo e terzo livello fossero indicati dagli amministratori) e, dall'altro, per evitare una confusione di ruoli e competenze che potrebbero aversi laddove non vi fosse un effettivo coordinamento delle attività di controllo da parte di un organo imparziale.

(iii) quanto ai controlli in ambito contabile, il Collegio Sindacale mantiene, anche in presenza di un revisore esterno, funzioni valutative che sono riconducibili al controllo contabile, ancorchè limitate ad alcuni aspetti e, di norma, da attuarsi attraverso verifiche a campione e non

analitiche. In virtù dell'entrata in vigore del D. Lgs. 28/2010, al Collegio Sindacale sembra potersi assegnare una posizione sovra-ordinata e di supervisione anche rispetto al soggetto competente alla revisione, il che è confermato dal fatto che, ai sensi dell'art. 19 del menzionato decreto legislativo, il Collegio Sindacale è chiamato ad assumere le competenze del c.d. "comitato per il controllo interno e la revisione contabile", cui compete la vigilanza sul processo di informativa finanziaria, sull'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna e di gestione del rischio, oltre che sulla stessa attività di revisione legale dei conti e sull'indipendenza del revisore.

- (iv) infine, il Collegio Sindacale mantiene un ruolo di supervisione anche con riferimento all'operato del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili e, in particolare, sul momento organizzativo di predisposizione delle procedure amministrativo contabili e sul procedimento attraverso cui le informazioni contabili sono prodotte e diffuse. Inoltre, il ruolo di garanzia dell'adeguatezza dei sistemi di controllo interno che è riconosciuto dalla disciplina bancaria al Collegio Sindacale dovrebbe indurre ad attribuire ai sindaci un più incisivo potere di intervento in merito alla nomina e alla revoca del dirigente preposto, a garanzia della sua autonomia e indipendenza.

Capitolo II

LA FUNZIONE DI SORVEGLIANZA DEL COLLEGIO SINDACALE NELLE SOCIETÀ BANCARIE

2.1. Premessa

Delineati nel precedente capitolo i compiti che, nell'ambito del sistema di controllo interno, sono assegnati agli organi e alle funzioni che vi sono preposti, saranno di seguito esaminate nel dettaglio le modalità con cui si svolge nelle banche il controllo del Collegio Sindacale e le differenze più rilevanti rispetto alle competenze attribuite ai sindaci nelle società non bancarie.

Nelle società "comuni", come stabilito a seguito dell'introduzione dell'art. 149 TUF per le società quotate, poi sostanzialmente recepito anche nel Codice civile con riferimento alle società non quotate¹³⁴, il Collegio Sindacale, oltre al tradizionale compito di vigilare sul rispetto della legge e dell'atto costitutivo, deve vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione nonché sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile e sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione¹³⁵.

¹³⁴ L'art. 2403 c.c. prevede quanto segue: "il collegio sindacale delle società non quotate vigila sull'osservanza della legge e dello statuto; sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile della società e sul suo effettivo funzionamento". Comparando il dettato dell'art. 2403 con quello dell'art. 149 TUF, emerge l'assenza di qualsiasi riferimento al "sistema di controllo interno" nella normativa ordinaria: come segnalato da IRRERA, (nt. 16), 71-72, questa scelta legislativa appare riconducibile al fatto che "qualsiasi impresa ha, quant'anche in dimensioni ridotte, o addirittura minimali, una sua struttura organizzativa e un sistema contabile; ma ciò non implica affatto che essa sia dotata di un sistema di controllo interno, ossia di un sistema di procedure dirette a verificare l'efficienza e l'adeguatezza della struttura organizzativa e contabile. In altri termini, la predisposizione di un sistema di controllo interno sembra richiedere un impegno in termini di risorse umane e procedure che può non essere compatibile con le strutture delle piccole imprese [dove, normalmente,] il controllo dei fatti amministrativi-gestionali avviene senza che vi sia una procedura scritta e codificata". Sul punto si veda anche MONTALENTI, (nt. 63), 48.

¹³⁵ L'art. 149, comma 1 stabilisce inoltre, alla lettera c-bis, che il collegio sindacale deve verificare le modalità di concreta attuazione delle regole contenute nei codici di autodisciplina ai quali la società abbia dichiarato di attenersi mediante informativa al pubblico; e, alla lettera d, che i sindaci devono vigilare sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società

Il controllo sulle procedure costituisce la “regola” nelle società più articolate, specie se quotate, posto che dai sindaci non è esigibile un analitico controllo sulle singole decisioni gestionali, se non nel caso in cui vi siano degli indici di rischio o denunce dei soci tali da richiamare l’organo di controllo a una più approfondita analisi ¹³⁶. L’attività di controllo dei sindaci sulle singole operazioni gestionali si deve infatti esprimere attraverso una tecnica campionaria, elaborata sulla base di un approfondito studio preliminare dell’attività della società¹³⁷; diversamente, nelle società di più ridotte dimensioni, il controllo del Collegio Sindacale è inevitabilmente connotato da una maggiore attenzione verso le singole operazioni di gestione e dunque non può fermarsi alla rilevazione della corretta predisposizione delle procedure di controllo poste in essere dall’organo amministrativo ¹³⁸

Anche nelle banche il ruolo del Collegio Sindacale prevede principalmente un controllo sulle procedure che si aggiunge agli obblighi e alle responsabilità specifici che sono introdotti dalla speciale disciplina del settore: come si è detto, le Istruzioni di Vigilanza stabiliscono infatti che i sindaci devono “valuta[re] il grado di efficienza e di adeguatezza del sistema dei controlli interni, con particolare riguardo al controllo dei rischi, al funzionamento dell’Internal Audit e al sistema informativo-contabile”¹³⁹.

controllate ai sensi dell’art. 114 comma 2 TUF, e cioè in relazione all’adempimento degli obblighi di comunicazione al pubblico previsti dalla legge.

¹³⁶ Di questo avviso, MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, 422; in senso conforme, CAVALLI, (nt. 6), 60; FERRARINI, (nt. 52), 18-19; v. anche RIGOTTI, (nt. 5), 548. In questo senso, si è espresso anche il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili che nel commento alla norma 3.2 dei principi di comportamento dei sindaci ha previsto quanto segue: “la funzione di vigilanza sull’osservanza della legge e dello statuto attribuita al collegio sindacale consiste essenzialmente nel controllo, sulla base di un approccio basato sulla valutazione dei rischi, dei metodi, delle procedure e degli strumenti adottati nello svolgimento dell’attività d’impresa per garantire il rispetto della legge e dello statuto”.

¹³⁷ Si veda in proposito anche quanto precisato dal principio 3.1 delle norme di comportamento redatte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili: il Collegio Sindacale, una volta ottenute tutte le più rilevanti sulla società, “applica una modalità di selezione dei controlli basata sull’identificazione e valutazione dei rischi con modalità adeguate alle dimensioni e alle altre caratteristiche, anche organizzative, specifiche dell’impresa assoggettata a controllo” e “nell’effettuare l’identificazione dei rischi, determina i rischi generici e quelli specifici, attribuendo agli stessi una diversa intensità e periodicità di controllo”.

¹³⁸ Cfr. MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1943.

¹³⁹ Così le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, par. 1.1. Questa formulazione è stata sostanzialmente confermata, seppur con alcune differenze meramente lessicali, dalla

L'ampiezza dell'intervento dei sindaci in una banca è poi definita dalla presenza, nella disciplina di settore, di numerose disposizioni che delimitano l'attività di amministrazione, rendendola molto più vincolata e meno discrezionale rispetto a quella di una società "comune"¹⁴⁰, e che attribuiscono ai sindaci specifici compiti di controllo come, per esempio, quelli funzionali al rispetto della normativa antiriciclaggio¹⁴¹ e della disciplina sul patrimonio di vigilanza, nonché quelli sull'adeguatezza del processo con cui viene determinato il capitale interno a copertura di quei rischi non espressamente neutralizzati dalla normativa prudenziale (il c.d. Internal Capital Adequacy Assessment Process o "ICAAP")¹⁴².

Circolare n. 263 e, precisamente, nel Titolo V, Capitolo 7, par. 4, dove si prevede anche che "l'organo con funzione di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF [il c.d. "risk appetite framework"]".

¹⁴⁰ Cfr. MORERA, *I sindaci nelle banche*, in PREDIERI (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, 207-208; in senso conforme, VALENSISE, *Il collegio sindacale nelle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 160.

¹⁴¹ Gli obblighi del collegio sindacale in materia di antiriciclaggio sono stati da ultimo disciplinati nel "Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria ai fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231" emanato da Banca d'Italia il 10 marzo 2011. In particolare, "l'organo cui è assegnata la funzione di controllo vigila sull'osservanza della normativa e sulla completezza, funzionalità e adeguatezza dei controlli antiriciclaggio. [...] In tale ambito, l'organo di controllo: (i) valuta con particolare attenzione l'idoneità delle procedure in essere per l'adeguata verifica della clientela, la registrazione e la conservazione delle informazioni e per la segnalazione delle operazioni sospette; (ii) stimola l'azione di approfondimento dei motivi delle carenze, anomalie e irregolarità riscontrate e promuove l'adozione delle opportune misure correttive; (iii) e viene sentito in merito alle decisioni concernenti la nomina del responsabile della funzione antiriciclaggio e alla definizione degli elementi dell'architettura complessiva del sistema di gestione e controllo del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo".

¹⁴² Cfr. Disposizioni di Vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008. La Circolare n 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 4, prevede che "nelle banche che adottano sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, l'organo con funzione di controllo, avvalendosi dell'apporto delle funzioni aziendali di controllo, vigila - nell'ambito della più generale attività di verifica del processo di gestione dei rischi - sulla completezza, adeguatezza, funzionalità, affidabilità, dei sistemi stessi e sulla loro rispondenza ai requisiti previsti dalla normativa".

In merito ai requisiti patrimoniali che devono essere rispettati dalle banche, si ricordano le innovazioni introdotte da Basilea 3 che impone delle regole più severe e attente alla qualità del patrimonio: infatti il requisito di capitale complessivo rimane invariato all'8 per cento, ma quello in termini di common equity (costituito essenzialmente da azioni ordinarie e riserve di utili) è stato fissato al 4,5 per cento; inoltre, la percentuale di Tier 1 sale dall'attuale 4 al 6 per cento e si richiede che le attività immateriali e quelle di non agevole realizzo vengano dedotte nell'ambito della determinazione del patrimonio di vigilanza. Inoltre sono stati stabiliti nuovi e più rigorosi

In proposito, si potrebbe ritenere che i compiti previsti dalle disposizioni speciali si aggiungano ai compiti tradizionalmente svolti dal Collegio Sindacale e non siano in grado di attribuire un ruolo peculiare all'organo di controllo delle banche; e ciò considerato che per le società "comuni" sono applicabili clausole generali che assegnano ai sindaci funzioni, doveri e responsabilità tanto ampi da ricomprendere pressochè tutte le specificità che sono riferibili al Collegio Sindacale nelle banche¹⁴³. Ma, in questo modo, si omette di considerare che le peculiarità del ruolo assegnato ai sindaci nelle banche sono giustificate dal criterio della "sana e prudente gestione" imposta dall'art. 5 TUB e dal fatto che in ambito bancario è più accentuata l'esigenza di garantire un controllo che non si pone in un'ottica sanzionatoria nei confronti dell'attività di gestione della società, bensì in un'ottica collaborativa e di cooperazione *ex ante* con il *management* ¹⁴⁴.

2.2. Il controllo "ex ante" ed "ex post" del Collegio Sindacale

Una caratteristica distintiva del Collegio Sindacale nelle banche è anzitutto riscontrabile nelle concrete modalità di svolgimento dei controlli e cioè nel collegamento con la struttura interna della banca previsto dalle Istruzioni di Vigilanza.

Il Codice Civile – con riguardo alle società comuni – sembra invece concepire il Collegio Sindacale come un organo caratterizzato dall'iniziativa e dalla

criteri per quanto riguarda i coefficienti di ponderazione delle attività e dei prodotti finanziari complessi ed è stato introdotto un meccanismo per ridurre la prociclicità delle regole prudenziali. Le banche devono infatti detenere un cuscinetto aggiuntivo di capitale (il c.d. "Capital Conservation Buffer") per assorbire le perdite nei periodi di crisi e un ulteriore cuscinetto (il c.d. "Countercyclical Capital Buffer") da alimentare nei periodi più favorevoli per la banca.

¹⁴³ Di questo avviso, CASTALDI, *Commento all'art. 37*, in CAPRIGLIONE-MEZZACAPO (a cura di), *Codice commentato della banca*, vol. 1, Milano, 1990, 488 ss.; v. anche: FERRO-LUZZI, (nt. 12), 38 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci sull'amministrazione delle banche*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 7 ss., e in PALMA (a cura di), *I controlli del collegio sindacale nelle banche*, Roma, 1996, 129 ss..

¹⁴⁴ Cfr. MORERA, (nt. 140), 209 ss.; v. anche D'ANGELO, (nt. 62), xviii-xxi. A conferma di questa opinione, si segnala che già la Circolare della Banca d'Italia n. 15560 del 2 ottobre 1985 ammetteva che il ruolo affidato ai sindaci nelle banche ha "caratteristiche particolari e deve configurarsi come funzione di sorveglianza attiva e incisiva, estesa ai vari settori della gestione e non limitata a verifiche di natura prevalentemente formale".

professionalità personale dei suoi membri, a cui è concesso compiere atti di ispezione anche individuali ex art. 2403, comma 3, cod.civ.¹⁴⁵. Proprio a causa della pluralità e della complessità delle mansioni affidate ai sindaci, l'art. 2403-bis cod.civ. - e per le società quotate l'art. 151 comma 3 - prevede che gli stessi possano avvalersi di propri dipendenti e ausiliari; il che costituisce una facoltà concessa ai sindaci che tuttavia non sembra destinata a essere esercitata con particolare frequenza a causa del fatto che l'operato degli ausiliari e dei dipendenti è posto sotto la loro responsabilità ed è a loro spese¹⁴⁶. Diversamente, l'art. 151 comma 2 TUF consente ai sindaci - nell'ambito delle sole società quotate¹⁴⁷ - di avvalersi di dipendenti della società, i quali, rimanendo legati da un rapporto di lavoro subordinato con la società, da quest'ultima - e non dai sindaci - devono essere remunerati per lo svolgimento della loro attività di supporto. Tuttavia, anche in questo caso, la possibilità di avvalersi dei dipendenti della società pare costituire una ipotesi "eccezionale" in quanto gli amministratori mantengono comunque il potere di decidere se sia opportuno adibire temporaneamente il lavoratore alle dipendenze dei sindaci posto che l'art. 151 comma 2 attribuisce ai sindaci un "poter[e] di

¹⁴⁵ Benchè il diritto di procedere a ispezioni sia riconosciuto ai singoli componenti del collegio sindacale, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili ha tuttavia ritenuto opportuno suggerire nel commento alla norma 5.1 ("Atti di ispezione e controllo") "che il componente che intenda avvalersi di tale potere solleciti preventivamente una deliberazione collegiale in merito. Conseguentemente, il sindaco dovrebbe attivarsi solo in via sussidiaria, ossia in caso di deliberazione difforme, impossibilità di convocazione o di deliberare da parte del collegio oppure nei casi di indifferibile urgenza", fermo restando che "tali ispezioni e controlli costituiscono attività propedeutica e complementare al regolare, coordinato e informato funzionamento del collegio sindacale, nonché all'assunzione di decisioni che, in ogni caso, devono avere il carattere della collegialità".

¹⁴⁶ Come osservato da CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 148, la possibilità per i sindaci di avvalersi di soggetti esterni alla società fu introdotta per la prima volta nell'art. 2403-bis c.c. in attuazione della Direttiva n. 84/253/CEE, con specifico riferimento a "operazioni attinenti al controllo della regolare tenuta della contabilità e della corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili". Sulla facoltà dei sindaci di avvalersi di dipendenti e ausiliari, si rinvia, *ex multis*, a: AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 239-241; BELVISO, *Aspetti funzionali e organizzativi del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 660-662; CAVALLI, *I collaboratori dei sindaci nella disciplina dell'art. 2403-bis del Codice Civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. I, Padova, 1997, 707 ss.; ID., *Il nuovo volto del collegio sindacale dopo il decreto legislativo 88/92*, in *Le Società*, 1997, 1004-1006; POLI, *La nuova disciplina del collegio sindacale*, Padova, 1997, 120-138.

¹⁴⁷ In realtà, non sussiste alcuna ragione per escludere l'attribuzione di questo potere anche in capo ai sindaci di società non quotate: a favore dell'applicazione analogica dell'art. 151 comma 2 TUF, CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 159-160.

richiesta di collaborazione” e non impone espressamente agli amministratori di esaudire tale richiesta¹⁴⁸.

In ambito bancario, invece, il Collegio Sindacale rappresenta un organo funzionalmente connesso a tutti i componenti del sistema del controllo interno, tant'è che le Istruzioni di Vigilanza stabiliscono che “per lo svolgimento delle proprie funzioni il Collegio si avvale di tutte le unità delle strutture organizzative che assolvono funzioni di controllo, prime fra tutte l'Internal Audit”, strutture su cui, come illustrato nel precedente capitolo, il Collegio dovrebbe esercitare un'attività di supervisione e di coordinamento.

Ciò premesso, la principale differenza tra il ruolo del Collegio Sindacale nelle banche e quello tradizionalmente attribuitogli deve individuarsi nel suo coinvolgimento nella predisposizione degli assetti di controllo e, in definitiva, nel momento in cui il controllo dei sindaci viene posto in essere. Infatti, la ricostruzione dei rapporti del Collegio Sindacale con gli altri soggetti che operano nel sistema dei controlli interni ha evidenziato che il controllo continuativo della regolarità operativa - che dovrebbe caratterizzare l'attività del Collegio Sindacale nelle società ordinarie, ma che risulta pressochè inattuabile, specie nelle società più complesse - spetta nelle banche all'Internal audit, mentre i sindaci parrebbero per converso assumere la veste di un supervisore di “ultima istanza” incaricato di valutare l'adeguatezza e l'efficienza del sistema dei controlli, pur mantenendo la facoltà di compiere attività ispettive tendenzialmente episodiche¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Così FORTUNATO, *sub art. 149*, in ALPA-CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, 1400; nello stesso senso, MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1952; v. anche CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 155-156, che, correttamente, non ritiene sussistente un obbligo di autorizzazione preventiva da parte degli amministratori in relazione alla richiesta di collaborazione da parte del sindaco: ne discende che, in assenza di immediata obiezione, il dipendente non potrà rifiutarsi di coadiuvare il collegio sindacale nella sua attività di controllo. *Contra*, VALENSISE, *La disciplina del collegio sindacale*, in Aa.Vv., *Intermediari finanziari, mercati e società quotate in borsa*, Torino, 1999, 1090. Al riguardo, AMBROSINI, (nt. 8), 41, precisa che gli amministratori non possono rigettare la richiesta dei sindaci di collaborazione, senza giustificato motivo; diversamente, secondo l'Autore, potrebbero sussistere i presupposti di cui all'art. 2409 c.c., se non addirittura dell'art. 2625 c.c. in tema di condotte volte a impedire il controllo sulla gestione della società.

¹⁴⁹ Cfr. VICARI, (nt. 81), 31 ss.. Come rilevato dall'Autore, un ruolo di supervisore del sistema di controllo interno viene attribuito al collegio sindacale anche in ambito assicurativo. Infatti, ai sensi del Regolamento Isvap n. 20 del 2008, “il collegio sindacale deve

Una vigilanza, quella sui sistemi di controllo interno, che si colloca già nell'ambito del processo decisionale e non in un momento necessariamente successivo rispetto a quello in cui, a causa della carenza di procedure, si realizza un danno per la società. Risulterebbe infatti riduttivo sostenere che la valutazione dei sindaci debba limitarsi a prendere atto dell'inadeguatezza degli assetti una volta che le irregolarità si siano già verificate, piuttosto che pretendere che i sindaci attuino controlli *ex ante* in un'ottica collaborativa e non sanzionatoria nei confronti dell'agire dell'organo amministrativo; il che vale non solo per le banche, ma anche per le società "comuni" dove non potrebbe essere giudicato diligente un sindaco che, ove fondatamente dubiti della idoneità dell'assetto di controllo di prevenire danni per la società, ometta di rilevare tale rischio agli organi amministrativi, venendo meno all'obbligo di vigilare ex artt. 2403 c.c. e 149 TUF sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sul sistema di controllo interno¹⁵⁰.

Non si deve dimenticare che non a caso i sindaci, anche nelle società comuni, hanno l'obbligo di partecipare alle riunioni del Consiglio di Amministrazione e del comitato esecutivo, e dunque di alimentare la dialettica con gli amministratori, ai quali devono manifestare il loro dissenso in presenza di fatti censurabili e richiedere di intervenire prima di coinvolgere i soci per gli opportuni provvedimenti,

-
- acquisire, all'inizio del mandato, conoscenze sulla struttura organizzativa, aziendale, richiedendo all'alta direzione una relazione sullo stato del sistema dei controlli, e verificare che alla funzione di revisione interna sia assicurato il necessario grado di autonomia, di indipendenza e funzionalità
 - assumere informazioni su eventuali carenze o anomalie riscontrate nel sistema dei controlli interni, prendendo visione anche delle risultanze dei lavori effettuati dalla società di revisione
 - segnalare all'alta direzione le carenze riscontrate nel sistema affinché vengano eliminate al più presto verificando successivamente le azioni intraprese per superare i punti di debolezza
 - assicurare, in caso di società appartenenti al medesimo gruppo, i collegamenti funzionali e informativi con i collegi sindacali delle altre imprese
 - accertare che esista un adeguato coordinamento tra l'Internal auditing e la società di revisione".

¹⁵⁰ Del resto, anche nel Codice di Autodisciplina e, precisamente nel commento all'art. 8 si "condivide l'opinione che al collegio sindacale spetti un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente ex post, che si traduce in una verifica sui processi il cui esito va portato all'attenzione degli amministratori, affinché essi adottino le misure correttive eventualmente necessarie".

svolgendo un controllo che deve essere antecedente all'assunzione e all'esecuzione di decisioni gestionali¹⁵¹.

Quanto all'oggetto del controllo sulle procedure, sembra tuttavia estranea alla responsabilità del Collegio Sindacale una attività di analisi e verifica che vada oltre il monitoraggio dell'efficacia dei principali processi e dei sistemi di controllo. I sindaci, in altre parole, non dovrebbero effettuare alcuna valutazione diretta ad apprezzare l'efficienza delle soluzioni proposte dagli amministratori e pertanto non potrebbero volgere l'attenzione sull'opportunità e sulla convenienza delle procedure di controllo, così come confermato dall'art. 149 TUF - dettato nell'ambito delle società quotate, ma la cui *ratio* sembra riferibile anche alle società non quotate - che limita la vigilanza sugli assetti da parte dei sindaci agli "aspetti di [sua] competenza"¹⁵².

A ben vedere, però, se quanto precede può valere per l'estensione del controllo dei sindaci nelle società comuni, questo principio in ambito bancario necessita di alcune

¹⁵¹ In questo senso, già CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori delle S.p.A.*, in *Riv. soc.*, 1968, 369-370. Cfr., più di recente: ANGELICI, *La società per azioni. Vol. I, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU, MESSINEO e MENGONI e continuato da SCHLESINGER, Milano, 2012, 373-374; BENAZZO, (nt. 13), 406-407; TOMBARI, (nt. 10), 953-954, rileva l'importanza della partecipazione dei sindaci alle riunioni consiliari anche ai fini della vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione in un'ottica di gruppo, in quanto consente di acquisire "in presa diretta" i dati sulla gestione e sullo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento. V. anche: AMBROSINI, (nt. 146), 228-229; CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 179-182; *contra*, BUTTARO, *Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1989, 366, che non ritiene invece ammissibile un potere dei sindaci di interloquire con gli amministratori posto che il tenore letterale della norma sembrerebbe richiedere la mera partecipazione "passiva" dei sindaci alle adunanze consiliari.

In proposito si segnala anche quanto previsto dal principio 4 ("La partecipazione alle riunioni degli organi sociali") previsto nell'ambito delle Norme di comportamento redatte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili: "il collegio sindacale è tenuto a intervenire nel corso del dibattito, qualora ravvisi violazioni della legge o dello statuto della società ovvero dei principi di corretta amministrazione, manifestando il proprio manifestato dissenso o le proprie riserve e chiedendone la relativa verbalizzazione". In tal modo, come viene poi precisato nel commento alla norma 4.3, "la partecipazione alle riunioni degli organi sociali non solo assicura l'acquisizione di informazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività di vigilanza da esercitare ex post sui risultati dell'attività di gestione, ma consente, altresì, di valutare ex ante se le proposte del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo siano rispondenti alla legge, all'atto costitutivo e ai principi di corretta amministrazione. In particolare, la presenza nelle adunanze degli organi sociali consente ai sindaci di intervenire sulle potenziali delibere prima che la loro effettiva esecuzione possa determinare effetti *contra legem* o negativi, ovvero tali da mettere in discussione i principi di corretta amministrazione nonché l'integrità patrimoniale".

¹⁵² Cfr. PROVASOLI, (nt. 50), 110-111.

precisazioni: le Istruzioni di Vigilanza richiedono infatti al Collegio Sindacale non tanto un'attività di "vigilanza" - come ci si potrebbe aspettare trattandosi di un organo di controllo - bensì una "valutazione", ossia un'attività che presuppone un controllo di merito che può tradursi "in un'approvazione oppure nell'impartire direttive rivolte a una ridefinizione degli stessi"¹⁵³ e che solitamente viene demandata all'organo amministrativo ¹⁵⁴. Si tratta poi di una valutazione che concerne non solo l'adeguatezza dei controlli interni come avviene nelle società "comuni", ma concerne anche il grado di efficienza degli stessi ¹⁵⁵, dovendosi intendere il termine "efficienza" come il rapporto ottimale tra risorse impiegate e la realizzazione di un sistema di controllo efficace¹⁵⁶.

Quindi, il giudizio devoluto al Collegio Sindacale nelle banche sembrerebbe spingersi fino a sconfinare in un sindacato sul "merito" ¹⁵⁷, riaccendendo così il noto dibattito dottrinario sulla natura del controllo demandato ai sindaci ¹⁵⁸: sotto questo

¹⁵³ Così IRRERA, (nt. 16), 265; ID., (nt. 126), 270.

¹⁵⁴ Tanto è vero che, nella normativa comune, si prevede che sia il consiglio di amministrazione a "valutare" gli assetti organizzativi e di controllo. Secondo IRRERA, (nt. 16), 283, "la valutazione è un'attività che sembra caratterizzata dalla discontinuità e dal particolare atteggiamento che assume l'elemento temporale; si tratta cioè di un compito che presuppone un giudizio complessivo, una tantum sulla base delle informazioni volta per volta ricevute, nonché ex post, ossia riferito a una costruzione già realizzata"; al riguardo, si potrebbe quindi ritenere che il termine "valutazione" rappresenti una presa d'atto che il collegio sindacale non è presente in azienda in via continuativa, diversamente dal *risk management*, dalla *compliance* e dall'Internal audit, il che sarebbe ulteriormente confermato dal fatto che l'art. 149 lett c. TUF, a differenza dell'art. 2403 c.c. previsto per le società "chiuse", non faccia alcun riferimento al dovere dei sindaci di vigilare sul concreto funzionamento degli assetti di controllo, e cioè a un dovere che presuppone un analitico e continuativo monitoraggio.

¹⁵⁵ Diversa è invece la formulazione della Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 4: "l'organo con funzione di controllo ha la responsabilità di vigilare [e non valutare] sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni". Questa differenza lessicale, seppur significativa, non è però tale da incidere sulle osservazioni proposte nel testo: infatti, la medesima Circolare più volte afferma che il giudizio sulla "funzionalità" deve intendersi "in termini di efficienza ed efficacia" e il riferimento alla "completezza" e all'"affidabilità" sembra accentuare il sindacato nel "merito", e non solo di legalità, da parte dell'organo di controllo; in ogni caso, si ricorda che la Circolare - che si riferisce genericamente all'organo di controllo e non specificatamente al collegio sindacale - non sostituisce il disposto della Sezione IV del Titolo IV, Capitolo 11 delle Istruzioni di Vigilanza che sono proprio dirette a descrivere le peculiarità del ruolo del collegio sindacale nelle banche.

¹⁵⁶ Cfr. CANTINO, (nt. 89), 62, nota 23.

¹⁵⁷ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 156 e 339 ss.; ID., (nt. 17), 567; *contra*, SCHIUMA, (nt. 13), 70.

¹⁵⁸ Le espressioni "controllo di legittimità" e "controllo di merito", peraltro, non danno conto in maniera chiara delle diverse posizioni. FERRO-LUZZI, (nt. 12), 45, negava infatti la validità della distinzione tra controllo di merito e controllo di legittimità, ma già allora riteneva che il merito dovesse essere conoscibile e censurabile da parte dei sindaci in presenza di una violazione degli

aspetto, il ruolo peculiare che il Collegio Sindacale svolge nelle società bancarie è sottolineato anche dalle stesse Istruzioni di Vigilanza che evidenziano come tale organo debba “assicurare la regolarità e la legittimità della gestione senza fermarsi agli aspetti meramente formali” e non limitano la valutazione dei sindaci sugli assetti di controllo ai soli profili di sua “competenza” come invece avviene nella normativa ordinaria.

2.3. Segue

Per quanto i poteri di controllo dei sindaci nelle banche sembrerebbero particolarmente invasivi, resta tuttavia il fatto che il controllo di merito dovrebbe comunque competere in ultima analisi ai soci nei confronti del Consiglio di Amministrazione e a quest’ultimo nei confronti degli amministratori delegati; un controllo che, come osservato in dottrina, si attua “in forma di indirizzo” (attraverso la definizione dell’oggetto sociale da parte dei soci), “di condizionamento” (attraverso la determinazione delle linee della politica imprenditoriale della società

obblighi degli amministratori. In questo senso, i compiti del Collegio Sindacale non debbono quindi limitarsi a una verifica formale del rispetto delle norme di legge e di statuto, ma comportano una verifica della legittimità sostanziale: quest’ultima comprende il controllo sul rispetto delle norme di “buona amministrazione”, ovvero il rispetto dei principi di diligenza nell’esercizio dell’attività da parte degli amministratori e nell’iter decisionale che porta al compimento dell’atto di gestione.

Favorevoli all’estensione della valutazione dei sindaci anche a profili di merito o comunque a un controllo di legittimità sostanziale per effetto della loro competenza a vigilare sui principi di corretta amministrazione: CAVALLI, (nt. 151), 392-397; CESARONI, (nt. 108), 28-29 e 99; CHIAPPETTA, (nt. 20), 147-149; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, 440-442; CHIARAVIGLIO, *Sull’efficacia del controllo del collegio sindacale*, in AA.VV., *Il controllo sul funzionamento delle società per azioni*, Napoli, 1974, 17; COCITO, (nt. 108), 111 ss.; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 165; MARCHETTI, *Osservazioni sui profili societari della bozza di T.U. dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1998, 146; MINERVINI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973, 212 ss.; VALENSISE, (nt. 13), 100-112; *contra*: DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 16, Torino, 1985, 563 ss.; FERRI, *Le Società*, in VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985, 693; FRÈ, *SOCIETÀ PER AZIONI*, Roma, 1982, 554 ss.. In giurisprudenza: Cass., 12 marzo 2012, n. 3902, inedita; Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032, inedita; Cass., 28 maggio 1998, n. 5287, inedita; Cass., 07 maggio 1993, n. 5263, in *Foro It.*, 1994, I, 130 con nota di LUCANTONI; v. anche: Trib. Roma, 04 luglio 2011, inedita; Trib. Milano, 05 marzo 2007, inedita; Trib. Milano, 07 febbraio 2003, in *Le Società*, 2003, 1385 ss. con nota di REDEGHIERI BARONI; Trib. Messina, 12 novembre 1999, in *Fallimento*, 2000, 1279 ss., con nota di DE CRESCIENZO.

da parte del consiglio di amministrazione), di “opposizione” (con la revoca dell’amministratore o della delega) e, ove del caso, attraverso azioni volte ad accertare la responsabilità del *management*¹⁵⁹. Invero, i sindaci dovrebbero essere competenti esclusivamente a vigilare sul rispetto della legalità e dei principi di corretta amministrazione¹⁶⁰, e cioè a svolgere un controllo “di legittimità sostanziale” che non può avere come oggetto l’opportunità economica delle singole scelte di gestione (protette dalla c.d. “business judgment rule” di origine statunitense¹⁶¹), ma è volto a verificare i termini e le modalità con cui gli amministratori effettuano certe scelte di gestione e ad accertare che non siano compiute azioni contrarie all’interesse della società, non vengano perseguite finalità in contrasto con l’oggetto sociale e non venga compromessa la continuità aziendale

¹⁶².

¹⁵⁹ Così, MONTALENTI, (nt. 63), 50.

¹⁶⁰ Sulla interpretazione del significato del termine “principi di corretta amministrazione”, si veda, *ex multis*, CORSI, *Il collegio sindacale*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, 211 ss.; MAGNANI, *sub artt. 149-154*, in MARCHETTI-BIANCHI (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d.lgs. 24 aprile 1998, n. 58*, vol. 2, Milano, 1998, 1683 ss.; PALMA, (nt. 19), 47-50; SALAFIA, *Il collegio sindacale nelle società quotate*, in *Le Società*, 1998, 258 ss..

¹⁶¹ Per una analisi più approfondita delle origini e della applicazione della business judgment rule negli Stati Uniti, si rinvia, per tutti, al leading case *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 del 1985 e, in dottrina, a BLOCK-BARTON-RADIN, *The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, New York, 2009; ALLEN-KRAAKMAN-SUBRAMANIAN, *Commentaries and cases on the law of the business organizations*, New York, 2007, 240 ss.; BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vand. L. Rev.* 83 2004.

¹⁶² Cfr. CESARONI, (nt. 108), 28-29. Sul tema dell’applicazione della *business judgment rule* nel nostro ordinamento, si veda: ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2006, 177 ss.; ID., (nt. 151), 401 ss.; FERRARINI, (nt. 61), 61-64; cfr. anche: CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 129 ss.; DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2003, 183; MONTALENTI, (nt. 63), 50-51; RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell’illecito civile*, Milano, 2004, 12 ss.; anche per i numerosi riferimenti bibliografici, TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all’azione sociale di responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 337 ss., nota 2 e 4; TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, 214 ss.; vedi anche OLIVIERI, *Il sistema dei controlli “interni” nelle società quotate*, in AA.VV., *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, 40-44. In giurisprudenza, tra le molte, si richiama quanto statuito in Cass. 28 aprile 1997 n. 3652, in *Le Società*, 1997, 1389: “la scelta tra il compiere o meno un certo atto di gestione, oppure di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze, non è mai di per sé sola (salvo che non denoti addirittura la deliberata intenzione dell’amministratore di nuocere all’interesse della società) suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica per l’impossibilità stessa di operare una simile valutazione con un metro che non sia quello dell’opportunità e perciò di sconfinare nel campo della discrezionalità imprenditoriale; mentre, viceversa, è solo l’eventuale

In sostanza, i sindaci potrebbero interloquire nella fase di predisposizione degli assetti di controllo soltanto quando gli stessi appaiano macroscopicamente inefficienti, predisposti in assenza di una adeguata indagine preliminare e idonei a pregiudicare l'integrità del patrimonio sociale.

Ma il punto cruciale sta poi nel comprendere quale sia l'effettiva cogenza della valutazione dei sindaci che sia contraria agli orientamenti dell'organo amministrativo nell'ambito della predisposizione degli assetti di controllo: perchè un conto è discutere dell'ambito di valutazione del Collegio Sindacale e un altro conto è attribuire ai sindaci la possibilità di tradurre la loro opinione in provvedimenti che invece dovrebbero spettare alla esclusiva competenza dell'organo amministrativo o dei soci ¹⁶³.

In proposito, sembra decisivo considerare il fatto che, salvo specifiche ipotesi, la legge non attribuisce ai sindaci alcun potere di veto. Inoltre, anche l'art. 2380-bis 1 comma c.c. sancisce che la gestione dell'impresa spetta solo agli amministratori, il che costituisce un ostacolo ad ammettere che la funzione di controllo, per quanto estesa, possa interferire in maniera così rilevante nella gestione, diventando una sorta di "governo parallelo" della banca¹⁶⁴.

Di conseguenza, le disposizioni in materia bancaria, attribuendo ai sindaci il dovere di "valutare" l'efficienza e l'adeguatezza degli assetti di controllo, farebbero emergere l'esigenza soltanto di un controllo maggiormente approfondito, e soprattutto coordinato tra i vari soggetti coinvolti nel sistema dei controlli interni,

omissione, da parte dell'amministratore, di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel genere che può configurare la violazione dell'obbligo di adempiere con diligenza il mandato di amministrazione e può quindi generare una responsabilità contrattuale dell'amministratore verso la società". Più di recente, questo principio è stato confermato da Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, 246; Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Diritto & Giustizia*, 2009; e, per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Le Società*, 2012, 493 ss.; Trib. Bologna, 08 febbraio 2011, inedita.

¹⁶³ Cfr. COCITO, (nt. 108), 112-113.

¹⁶⁴ Cfr. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007, 115-116; si veda anche ABRIANI, (nt. 17), 16-17; FERRO-LUZZI, (nt. 12), 46 ss.; RIGOTTI, (nt. 5), 551. Per vero, è stato autorevolmente rilevato che l'art. 2380-bis c.c. riguarda la gestione dell'impresa e non l'amministrazione della società (in tal senso, ANGELICI, (nt. 151), 367): se questa distinzione viene ammessa e nella misura in cui la funzione interferisca non nella gestione dell'impresa, ma nella amministrazione della società, l'ostacolo costituito dalla norma appena menzionata potrebbe allora non risultare insuperabile.

ma non per questo potrebbero incidere sulla suddivisione dei poteri tra organo gestionale e organo di controllo ¹⁶⁵.

A conferma di ciò, si potrebbe poi osservare che la valutazione sull'efficienza e sull'adeguatezza del sistema dei controlli interni attribuita al Collegio Sindacale dalle Istruzioni di Vigilanza sembra sostanzialmente coincidere con quella affidata al Consiglio di Amministrazione (e al Comitato Controllo e Rischi) in sede di approvazione della struttura organizzativa: sicché non potrebbe che trattarsi di una valutazione che interviene a livelli diversi. In altre parole, la differenza sarebbe data dal fatto che il controllo del Consiglio di Amministrazione consiste - o dovrebbe consistere - in una valutazione a priori dell'idoneità degli assetti societari a realizzare lo scopo per il quale sono previsti, mentre il giudizio dei sindaci dovrebbe tradursi in un "controllo sui controlli", e cioè nella verifica della conformità delle soluzioni organizzative adottate, rispetto a un criterio generale di macroscopica adeguatezza ed efficienza e alla luce del loro concreto funzionamento, non potendo invece giungere a imporre la soluzione ritenuta preferibile tra quelle astrattamente possibili poichè tutte adeguate ed efficienti: scelta questa che, essendo di competenza esclusiva dell'organo amministrativo, non potrebbe essere sindacata.

Nelle banche, il Collegio Sindacale parrebbe dunque assumere sì una funzione di sovrintendenza sulla struttura organizzativa della banca, ma solo per effetto del potere di segnalare i punti critici o le aree operative inefficienti prevalentemente *ex post* e senza poter imporre i correttivi che ritiene più opportuni: tanto è vero che le Disposizioni di Vigilanza del 4 marzo 2008 hanno specificato che il Collegio Sindacale, nel suo ruolo di supervisore del sistema di controllo interno, può "promuovere", ma non decidere, "gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate".

Un ruolo, quello attribuito al Collegio Sindacale, che, ove si seguisse questo orientamento, non potrebbe nemmeno tradursi in quell'attività di indirizzo e di coordinamento delle altre funzioni del sistema di controllo interno che è stata tratteggiata nel primo capitolo; così facendo, si rischierebbe infatti un utilizzo strumentale del sistema di controllo da parte dei sindaci che consentirebbe una loro

¹⁶⁵ Cfr. LEMME, (nt. 164), 116, nota 20.

indebita intromissione nella gestione: del resto, un conto è l'attività di mero riscontro del buon funzionamento della operatività dei singoli momenti del controllo interno; altro è il coordinamento delle funzioni di controllo interno che può definirsi "strategico" - addirittura di "co-gestione" - in quanto racchiude in sé il compito delicatissimo della valutazione della autonomia delle varie funzioni di controllo interno e della competenza a predisporre, ancorchè in concorso con gli amministratori, i loro compiti e le misure volte a evitare sovrapposizioni di ruoli¹⁶⁶.

In definitiva, alla luce di quanto sopra, non dovrebbe ravvisarsi alcuna differenza sostanziale tra il controllo sulle procedure affidato al Collegio Sindacale nelle banche e quello attribuitogli nelle società "comuni", quantomeno in quelle quotate: perchè se è vero che nelle società bancarie il Collegio può contare sul supporto di alcune funzioni come il *risk management* e l'Internal audit che possono svolgere in sua vece un controllo più analitico sulle singole operazioni compiute (e quindi garantire al Collegio la possibilità di assumere il ruolo di "supervisore" nei termini sopra descritti), è altrettanto vero che non diversamente nelle società "comuni" più articolate la predisposizione di un sistema di controlli interni sulla falsariga di quanto viene imposto in ambito bancario sarebbe non solo consentito, ma addirittura dovrebbe costituire un dovere riconducibile al parametro di "adeguatezza" che ai sensi dell'art. 2381 c.c. deve caratterizzare gli assetti organizzativi societari; e, anche in questo caso, il Collegio Sindacale ben potrebbe svolgere quella identica funzione di supervisore del sistema dei controlli che gli viene attribuita in ambito bancario¹⁶⁷.

Orbene, dal sistema dei controlli interni nelle banche tuttavia si può e si deve pretendere qualcosa di molto differente rispetto al mero controllo *ex post* degli assetti organizzativi e di controllo, e cioè un giudizio preventivo sulla sua complessiva progettazione, in coerenza con le previsioni delle Istruzioni di

¹⁶⁶ Così MARCHETTI, (nt. 67), 163.

¹⁶⁷ Come sostenuto da IRRERA, (nt. 16), 285-286, quando le dimensioni o le specifiche attività svolte dalla società divengono particolarmente complesse, anche nelle società "chiuse" l'obbligo di realizzare assetti organizzativi "adeguati" impone agli amministratori e ai sindaci di farsi coadiuvare dalle funzioni di Internal audit, di *risk management* o di *compliance*. Dello stesso avviso, BENAZZO, (nt. 13), 396.

Vigilanza secondo cui il Collegio Sindacale “*deve soffermarsi sulle eventuali anomalie che siano sintomatiche di disfunzioni degli organi responsabili*”¹⁶⁸.

Le recenti cronache finanziarie hanno dimostrato quali conseguenze derivino da un inefficace gestione dei diversi profili di rischio a cui sono esposte le banche, confermando l'esigenza di prevenire l'insorgenza di tali situazioni tramite la predisposizione di un sistema di controlli che *ex ante* risulti efficace e che possa rappresentare un presidio per la sana e prudente gestione. Un tal sistema è realizzabile solo ove vi sia la convinzione che i controlli siano coesenziali alla gestione, e cioè non siano finalizzati all'applicazione di una sanzione, ma piuttosto collaborino in maniera determinante con i vertici amministrativi per contribuire al miglioramento dei processi organizzativi, decisionali e di sorveglianza, già in sede di predisposizione degli stessi ¹⁶⁹.

Come si è detto nell'ambito dell'analisi dei rapporti tra Collegio Sindacale e controlli di secondo livello, questa esigenza discende dal fatto che la nozione di “sistema di controllo interno” è stata concepita in ambito internazionale dove non è presente un organo come il Collegio Sindacale esterno al Consiglio di Amministrazione e il cui ruolo sia quello di controllare l'operato degli amministratori in un'ottica prevalentemente successiva e di mera legalità. Infatti, nelle esperienze straniere, il controllo è affidato agli stessi amministratori (come avviene nel sistema monistico italiano) ovvero a un organo, quale il consiglio di sorveglianza, che può avere anche funzioni di alta amministrazione e che nomina (e può revocare) i gestori della società; il che testimonia la difficoltà di conciliare l'esigenza sottesa alla nozione di sistema di controllo interno di garantire anche un controllo di “merito” già in via preventiva, con le caratteristiche del Collegio Sindacale che tradizionalmente non ha poteri di imporre il proprio dissenso sulla convenienza delle decisioni di gestione. Infatti, per quanto sia vero che il Collegio Sindacale anche nelle società “comuni” abbia la possibilità di garantire un controllo *ex ante* partecipando alle riunioni dell'assemblea, del Consiglio di Amministrazione e del comitato esecutivo, tale forma di controllo non può tuttavia giungere fino a vincolare l'operato degli amministratori e, comunque, nel sistema delineato dal Codice Civile rappresenta

¹⁶⁸ Così le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, par. 1.1.

¹⁶⁹ Cfr. RIGOTTI, (nt. 5), 542-543.

soltanto l'eccezione, giacché la "regola" prevede un controllo di legittimità (vuoi pure sostanziale e non solo formale) e in chiave per lo più successiva rispetto alle operazioni concluse dagli amministratori, come confermato dal fatto che il momento centrale del suo controllo coincide con la relazione che viene presentata all'Assemblea alla fine dell'esercizio sociale ¹⁷⁰.

E' infine rilevante osservare che la natura di controllo *ex post* dipende anche dall'originario fondamentale compito affidato al Collegio Sindacale, ossia il controllo contabile che è di per sé un controllo temporalmente successivo in quanto si esplica attraverso la verifica su rappresentazioni di fatti gestori già compiuti¹⁷¹: controllo, questo, che attualmente permane in taluni casi di competenza dei sindaci, anche se, nell'ambito di società tenute alla redazione del bilancio consolidato e nei c.d. "enti di interesse pubblico", non può che essere svolto da un revisore legale esterno o da una società di revisione.

La normativa bancaria, come si è detto, si spinge invece al di là di quelli che sono i poteri e i doveri dei sindaci nelle società "comuni", rispondendo all'esigenza che già nella fase di predisposizione di questi assetti organizzativi e di controllo il Collegio Sindacale abbia già un potere di intervento, o meglio di "sorveglianza", che possa in qualche modo vincolare le scelte degli amministratori delegati sin dal momento in cui venga delineata la politica di investimento nell'assetto di controllo di cui la società debba dotarsi; e tale intervento preventivo in fase organizzativa non può che essere positivo anche per il rafforzamento del controllo demandato al Consiglio di Amministrazione, il quale, specie nelle banche non aventi un capitale altamente frazionato, potrebbe essere eccessivamente "dipendente" dai soci di riferimento ed esso stesso potenzialmente vittima di asimmetrie informative¹⁷².

In altre parole nelle banche il Collegio Sindacale diviene un vero e proprio organo posto a capo del sistema di controllo interno, del quale dovrebbe decidere, insieme agli altri componenti del Consiglio di Amministrazione, i componenti, le funzioni e

¹⁷⁰ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), xxi, nota 7; dello stesso avviso, anche RIGOTTI, (nt. 5), 550-552. V. pure SCHIUMA, (nt. 13), 60 ss..

¹⁷¹ Di questo avviso, ancora, D'ANGELO, (nt. 62), xxi, nota 7.

¹⁷² Cfr. BENAZZO, (nt. 13), 404.

le responsabilità, già nel momento della predisposizione degli assetti ¹⁷³: potere, questo, che potrebbe essere dedotto non solo dall'attribuzione da parte delle Istruzioni di Vigilanza del compito di valutare l'efficienza e l'adeguatezza degli assetti di controlli, ma soprattutto dalle Disposizioni di Vigilanza del 4 marzo 2008 le quali prevedono che "la decisione sulla definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli (poteri, responsabilità, risorse, flussi informativi, gestione dei conflitti di interesse) spetta" sì all'organo di gestione, "ma su di essa è chiamato ad esprimersi l'organo di controllo"¹⁷⁴.

La predisposizione degli assetti di controllo presuppone quindi una effettiva collaborazione tra amministratori e sindaci, questi ultimi competenti ad approvare l'architettura dei controlli loro sottoposta dagli amministratori che la elaborano e la propongono. Collaborazione tra Alta Direzione, Consiglio di Amministrazione e Collegio Sindacale che, come si è detto nel primo capitolo, trova giustificazione nella doppia "natura" del sistema dei controlli: e cioè quella di dover svolgere, da una parte, un controllo "sull'amministrazione" che rende necessario che sia il Collegio Sindacale, oltretutto un soggetto estraneo alla gestione, a definire come i controlli devono essere attuati e predisposti; e un controllo "a favore dell'amministrazione", finalizzato ad aiutare gli amministratori a migliorare gli assetti della società così da agevolare il raggiungimento della sana e prudente gestione (il che presuppone un'attività sostanzialmente istruttoria da parte delle funzioni del sistema di controllo interno a favore degli amministratori e giustifica il coinvolgimento degli amministratori, in particolare di quelli delegati che si occupano *day by day* della gestione della società, nella predisposizione delle procedure di controllo e più in generale degli assetti organizzativi).

¹⁷³ Cfr. DENOZZA, (nt. 29), 130. In una simile prospettiva, potrebbe essere significativo richiamare quanto osservato da BENAZZO, (nt. 13), 410-411, e cioè che "il collegio sindacale, a differenza di tutti gli altri organismi di controllo interni, è investito per legge di una responsabilità sul piano civilistico, immediata e diretta verso terzi estranei all'organizzazione d'impresa, parimenti e simmetricamente a quanto avviene per l'organo amministrativo: quest'ultimo in posizione apicale rispetto alla gestione; il collegio, a sua volta, in eguale rango, rispetto alla vigilanza".

¹⁷⁴ *Contra* LEMME, (nt. 65), 710, che ritiene il parere dei sindaci nè obbligatorio nè tantomeno vincolante, ma semplicemente "opportuno": l'Autore ammette ciononostante che "il potere di pressione dei controllori sugli altri responsabili dell'assetto societario (e, in particolare, sugli incaricati al controllo interno) induce a ritenere che difficilmente si possa prescindere dai desiderata dei sindaci".

2.4. La predisposizione degli assetti di controllo: compatibilità del modello bancario con la business judgment rule

Occorre ora esaminare quali siano gli argomenti che possano essere opposti all'applicazione della business judgment rule all'attività di predisposizione degli assetti organizzativi e di controllo nelle banche e quindi comprendere fin dove possa effettivamente spingersi l'intervento dei sindaci in tale fase: in altre parole, occorre verificare se e in che termini gli amministratori possano disattendere le direttive dei sindaci che concernano le loro scelte gestionali in merito agli assetti organizzativi e di controllo.

(i) Una prima eccezione che potrebbe far ritenere inopportuna l'applicazione della business judgment rule con riferimento alla predisposizione degli assetti di controllo potrebbe trarsi dalla considerazione che, per effetto della sua applicazione, potrebbe aggravarsi eccessivamente l'onere probatorio per chi vuol far valere la responsabilità degli amministratori per un atto di gestione dovuto proprio alla carenza di quelle stesse procedure: nel senso che, salvo in ipotesi di macroscopica inadeguatezza degli assetti, gli amministratori dovrebbero semplicemente dimostrare di aver rispettato le procedure interne (da loro stessi predisposte), e, dunque, sarebbe difficilmente dimostrabile un vizio nell'atto di formazione dell'atto gestionale. Infatti, il rispetto delle procedure interne, così come predisposte dall'organo amministrativo, può spesso assumere un peso determinante ai fini della valutazione della condotta dell'amministratore ai sensi dell'art. 2392 c.c.¹⁷⁵

Invero, si tratta di una conclusione non del tutto condivisibile: la responsabilità degli amministratori deve infatti essere valutata non tanto - o meglio non solo - in ragione del rispetto o meno delle procedure interne concretamente predisposte, ma anche dell'adeguatezza delle procedure stesse tenuto conto di quelle che un

¹⁷⁵ Di questo avviso, DE CRESCIENZO, *La responsabilità*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, vol. 4, Bologna, 2012, 153

amministratore diligente avrebbe predisposto con le informazioni che in quel momento erano disponibili; ne discende che la business judgment rule riferita alla predisposizione degli assetti e di controllo non comporta automaticamente una sorta di regime di “irresponsabilità” degli amministratori, ma trova comunque un correttivo nel giudizio di adeguatezza - se non anche di efficienza - degli stessi secondo il canone di “diligenza professionale” e dei principi di corretta amministrazione ¹⁷⁶. Diversamente, infatti, agli amministratori sarebbe sufficiente predisporre degli assetti di controllo, a prescindere dal loro contenuto sostanziale, per sfuggire alle azioni di responsabilità eventualmente promosse da azionisti e creditori.

(ii) Secondo un'altra opinione, la business judgment rule non sarebbe applicabile alla fase della predisposizione degli assetti di controllo che, risolvendosi in un momento di mera organizzazione della società, non vedrebbe in gioco alcuna attività di gestione in senso stretto cui appunto possa opporsi il limite dell'indebita ingerenza in una scelta di competenza esclusiva degli amministratori¹⁷⁷.

Tuttavia, si tratta di opinione non condivisibile perchè, se da un lato è possibile sul piano teorico distinguere tra “atti di gestione” e “atti di organizzazione”, resta pur sempre il fatto che l'organizzazione è essa stessa un momento, non secondario, della gestione ¹⁷⁸ e che oltretutto, sul piano pratico, la distinzione non è percepibile nel momento in cui si considerano i costi che potranno essere più o meno ingenti proprio in relazione alla politica di investimento decisa dagli amministratori .

D'altro canto, negli Stati Uniti, dove la business judgment rule è stata elaborata, la stessa viene considerata applicabile anche con riferimento all'inadempimento del “duty to monitor” posto a carico degli amministratori quale obbligo di predisporre

¹⁷⁶ Cfr. DE CRESCIENZO, (nt. 175), 153.

¹⁷⁷ Cfr. POLI, *sub art.* 2380, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, 474.

¹⁷⁸ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 13-14; v. anche DE CRESCIENZO, *La gestione*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO-PANZANI, vol. 4, Bologna, 2012, 81-82; dello stesso avviso, D'ANGELO, (nt. 62), 147.

degli assetti di controllo sull'operato del *top management* e di verificarne il loro rispetto¹⁷⁹.

Nel *leading case* *In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation*¹⁸⁰ è stato infatti deciso che gli amministratori possono essere ritenuti responsabili solo ove abbiano mancato, in modo sistematico, di esercitare la propria vigilanza oppure non abbiano fatto quanto necessario per assicurare un sistema di controllo e di *reporting*, dichiarando applicabile la *business judgment rule* a favore dell'organo di gestione¹⁸¹. Nel caso *Stone v. Ritter*, la Suprema Corte del Delaware ha poi rafforzato la tutela per gli amministratori, identificando una violazione del *duty to monitor* esclusivamente in una condotta idonea a rappresentare una violazione anche del "*duty of good faith*"¹⁸²: in altre parole, si è ritenuto che, per affermarsi la

¹⁷⁹ Cfr. FERRARINI, (nt. 61), 63; v. anche CORDOPATRI, (nt. 162), 134-135. Negli Stati Uniti si veda: ARLEN, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, *Law&Economics Research Paper Series*, Working Paper n. 08-57, 2008; BAINBRIDGE, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 *J. CORP. L.*, 2009, 967; JOHNSON, *Addressing gaps in the Dodd-Frank Act: directors' risk management oversight obligations*, 45 *U. Mich. J.L. Reform*, 2011-12, 55; FURLOW, *Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware*, *Utah L. Rev.*, 2009, 1061; GEVURTZ, *The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, reperibile su www.ssrn.com; HARNER, *Barriers to effective risk management*, 40 *Seton Hall L. Rev.*, 2010, 1323; LOWELL BROWN, *The corporate director's compliance oversight responsibility in the post Caremark Era*, reperibile su www.ssrn.com; MANNING, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, 39 *Bus. LAW.*, 1984, 1484; MILLER, *Oversight liability for risk management failures at financial firms*, reperibile su www.ssrn.com; MILLER, *The Board's Duty to Monitor Risk After Citigroup*, 12 *U. PA. J. Bus. L.*, 2010, 1159; ORENSTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial firms from poor risk management*, 86 *N.Y.U. L. Rev.*, 2011, 766; PAN, *A Board's Duty to Monitor*, 54 *N.Y.L. SCH. L. Rev.*, 2009-10, 721. In giurisprudenza, *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation* 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009); *Wood v. Baum*, 953 A.2d 136 (Del. 2008); *Schoon v. Smith*, 953 A.2d 196 (Del. 2008); *In re Countrywide Financial Corp. Derivative Litigation*, 554 F. Supp. 2d 1044 (C.D. Cal. 2008); *Stone v. Ritter* 911 A.2d 362 (Del. 2006); *Guttman v. Huang* 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003); *Salsitz v. Nasser* 208 F.R.D. 589 (E.D. Mich. 2002); *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996); *Francis v. United Jersey Bank*, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (1981); *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, 188 A.2d 125 (Del. 1963);

¹⁸⁰ Questo *leading case* è richiamato, tra gli altri, da FERRARINI, (nt. 61), 63 e IRRERA, (nt. 16), 46.

¹⁸¹ Come osservato da PAN, *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the delaware doctrine*, 38 *Fla. St. U. L. Rev.*, 2010-2011, 233, "Caremark stated that the board had to have in place a "reasonably designed" system [...], plaintiffs would need to show that the directors knew that their system was not reasonably designed-a very difficult task to prove and one that cannot be easily inferred from the board's behavior".

¹⁸² Per una definizione di *duty of good faith*, si veda in giurisprudenza, tra le tante sentenze che si sono occupate del tema, *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006); in dottrina, per tutti, EISENBERG, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 *DEL. J. CORP. L.* 1, 2006, 4.

mala fede e quindi la responsabilità degli amministratori, gli attori devono provare che questi ultimi “utterly failed to implement any reporting or information system or controls” oppure, avendo attuato un tale sistema di controllo, “consciously failed to monitor or oversee its operations”¹⁸³. Nel caso specifico, la Corte aveva ritenuto che i controlli interni della società non fossero adeguati, ma non aveva comunque affermato la responsabilità degli amministratori i quali erano stati sì negligenti, ma non erano in mala fede, non avendo sistematicamente e volontariamente ignorato le procedure di controllo che erano state predisposte¹⁸⁴.

Si potrebbe quindi ritenere che anche nel nostro ordinamento la business judgment rule dovrebbe impedire una ingerenza dei sindaci nella predisposizione degli assetti di controllo, non potendosi distinguere tra atti di gestione e atti di mera organizzazione¹⁸⁵. In tal modo, sarebbe possibile dedurre un inadempimento del

¹⁸³ Stone, 911 A.2d at 370: “in either case, imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations. Where directors fail to act in the face of a known duty to act, thereby demonstrating a conscious disregard for their responsibilities, they breach their duty of loyalty by failing to discharge that fiduciary obligation in good faith”. Come osservato da PAN, (nt. 179), 727, nel caso Stone v. Ritter il duty to monitor è stato quindi limitato in tre modi: “first, the court equated the duty to monitor with the duty of good faith; second, the court subsumed the duty of good faith into the duty of loyalty [...]; and third, the court interpreted scienter as an element of bad faith”; dello stesso avviso, BAINBRIDGE-LOPEZ-OKLAN, *The convergence of good faith and oversight*, 55 *UCLA L. Rev.* 2007-2008, 559, il quale ritiene che “by focusing on the duty of care, Caremark permits imposition of liability where directors are grossly negligent in exercising their oversight responsibilities. In contrast, Stone imposes a higher state of mind requirement by holding that “imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations””.

¹⁸⁴ Di recente, questi stessi principi sono stati posti alla base della decisione del caso *In Re Citigroup, Inc. Shareholder Derivative Litigation*, dove non sono stati ritenuti responsabili gli amministratori di Citigroup in relazione agli investimenti nelle mortgage-backed securities, nonostante vi fossero chiari segnali che li avrebbero dovuti indurre a un più incisivo esercizio del loro duty to monitor e a un rafforzamento della struttura di controllo della società. Occorre poi rilevare che questa pronuncia ha fornito una interpretazione ancora più restrittiva del duty to monitor posto che lo ha ritenuto funzionale a prevenire soltanto i danni risultanti dalle violazioni di legge o dalle frodi dei dipendenti, ma non anche quelli derivanti dal “business developments” della società: infatti, come rilevato dall’Autore, “Chancellor Chandler [...] decided that a claim to hold directors responsible for failing to prevent business harm would undermine the business judgment rule”. In senso contrario alle argomentazioni dei giudici della Delaware Supreme Court in merito all’applicazione della business judgment rule al duty to monitor e, in particolare, alla limitazione di quest’ultimo alla prevenzione degli illegal acts e non all’assunzione di rischi eccessivi per effetto di decisioni di business, PAN, (nt. 179), 721; ID., (nt. 181), 210; v. anche ORENSTEIN, (nt. 179), 796 ss., il quale ritiene più opportuno addebitare una responsabilità in capo ai directors non solo in caso di mala fede soggettiva, ma anche di colpa grave.

¹⁸⁵ Cfr. FERRARINI, (nt. 61), 63.

duty to monitor solo nel caso in cui gli amministratori - compresi quelli non esecutivi - non abbiano predisposto alcun assetto di controllo e agiscano in mala fede, mentre sarebbe possibile invocare la business judgment rule e considerare comunque adempiuti gli obblighi degli amministratori qualora gli assetti si rivelino successivamente inadeguati ¹⁸⁶.

(iii) Si potrebbe tuttavia ritenere che la business judgment rule non possa essere opposta in presenza dell'inadempimento a uno specifico dovere dell'organo amministrativo perchè è volta a tutelare gli amministratori dal giudizio sul loro operato soltanto per le decisioni di natura "imprenditoriale", e cioè assunte in presenza di rischi o anche solo incertezze sul loro esito¹⁸⁷; incertezze che invece non si hanno per definizione quando si deve semplicemente adempiere un obbligo e non si ha un potere di scelta¹⁸⁸.

Anche tralasciando per un attimo il requisito dell'efficienza degli assetti di controllo, è decisivo sottolineare che la mancanza di un adeguato assetto di controlli è fatto che già di per sè può costituire causa di responsabilità per gli amministratori: infatti, la scelta di gestione che abbia esito infelice e che tragga origine da valutazioni e previsioni scorrette a causa dell'inadeguatezza dell'assetto organizzativo della società (perchè inesistente o insufficiente o inadeguato) costituisce un motivo di responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2392 c.c.¹⁸⁹. La predisposizione di un assetto organizzativo e di controllo adeguato costituisce quindi un vero e proprio "obbligo specifico" posto in capo agli amministratori (siano essi delegati o deleganti), con la conseguenza che, in caso di carenze

¹⁸⁶ Cfr. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 723-724.

¹⁸⁷ Cfr. ANGELICI, (nt. 151), 401-418.

¹⁸⁸ Di questo avviso, ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 685-687; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 739 ss.; *contra*, VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 139-140.

¹⁸⁹ Di questo avviso, DE CRESCIENZO, (nt. 175), 158; nello stesso senso, BUONOCORE, (nt. 178), 18-19.

organizzative significative, non potrebbe essere eccepita l'esimente della business judgment rule¹⁹⁰.

Per queste ragioni sarebbe da escludersi l'applicabilità della soluzione suggerita dalle corti statunitensi, secondo la quale gli amministratori possono essere ritenuti responsabili soltanto ove abbiano agito in mala fede, presupponendosi che la stessa ricorra esclusivamente quando abbiano omesso qualsiasi tentativo di realizzare un sistema di controllo interno oppure, una volta implementato, abbiano volontariamente mancato di esercitare, in modo sistematico, la dovuta vigilanza. Accogliendo questo orientamento, gli amministratori potrebbero infatti semplicemente dimostrare di aver rispettato le procedure interne (da loro stessi predisposte), e, dunque, come già ricordato al punto (i) di cui sopra, sarebbe difficilmente dimostrabile una loro responsabilità per inadempimento all'obbligo di vigilanza¹⁹¹.

Nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, assume invece rilievo non solo la mancata predisposizione di un assetto di controlli (che induce a postulare una "mala fede soggettiva" dell'amministratore), ma anche la sua condotta negligente riscontrabile nell'aver predisposto un assetto non adeguato e, dunque, nella violazione dell'obbligo previsto dall'art. 2381 c.c. che costituisce una specificazione del canone di "diligenza professionale" e dei principi di corretta amministrazione: in questo caso, non vi può quindi essere spazio per eccepire

¹⁹⁰ Cfr. IRRERA, (nt. 16), 72 ss.; MONTALENTI, (nt. 63), 56-57; v anche ANGELICI, (nt. 162), 166.

¹⁹¹ Come osservato da PAN, (nt. 181), 215, "the Delaware Supreme Court's decision made it more difficult for plaintiffs to bring duty to monitor claims. The court placed the burden on the plaintiff to demonstrate a director's scienter in failing to act in the face of red flags. The lack of clarity from the Delaware courts as to how plaintiffs can meet this requirement in the absence of board deliberation undermined the effectiveness of the duty to monitor"; con la conseguenza che, continua l'Autore a p. 210, "as it is currently conceived, the duty to monitor rewards ignorance and passivity by directors, imposing little obligation on them to take an active interest in the corporation's business". Si segnala peraltro che anche negli Stati Uniti vi sono tentativi in giurisprudenza di alleggerire l'onere probatorio relativo all'esistenza di una "mala fede" degli amministratori: e ciò non esigendo più la dimostrazione che gli amministratori, consapevoli delle cc.dd. "red flags" avrebbero dovuto indurre a un più incisivo esercizio del duty to monitor, deliberatamente abbiano omesso di attivarsi, ma richiedendosi semplicemente la prova che gli amministratori "should have known or were in a position to know" (di questo avviso, In re Countrywide Financial Corp. Derivative Litigation, 554 F. Supp. 2d 1044 (C.D. Cal. 2008), citata da PAN, (nt. 181), 236; il riferimento alla formula "gli amministratori non potevano non sapere" era peraltro contenuto già nella menzionata sentenza Caremark, 698 A.2d e, in particolare, a p. 971.

l'esistenza della business judgment rule (quantomeno, così come interpretata dalle corti statunitensi) onde evitare il controllo del Collegio Sindacale¹⁹² perchè, essendo tale controllo volto a verificare l'osservanza da parte degli amministratori delle norme tecniche-aziendalistiche rilevanti ai fini del rispetto dei principi di corretta gestione, quest'ultimo si traduce non in una ingerenza "nel merito", quanto invece in un vero e proprio controllo di legalità (o, come definito in dottrina, di "adeguatezza amministrativa"¹⁹³)¹⁹⁴.

In quest'ottica, il riferimento della normativa bancaria alla competenza dei sindaci anche in merito al requisito dell'"efficienza" degli assetti di controllo potrebbe risolversi nell'estensione dell'oggetto della vigilanza del Collegio Sindacale e così delineare nuovi profili di responsabilità degli amministratori: sarebbe infatti innegabile che la valutazione degli assetti che si traduca in una autorizzazione o in una condivisione da parte del Collegio Sindacale della politica di investimento nel sistema dei controlli costituirebbe una forma di intervento sulle strategie generali della società, specie nel caso in cui il dissenso dei sindaci faccia sorgere un confronto con l'organo amministrativo finalizzato al loro miglioramento.

¹⁹² Del resto, nel nostro ordinamento, la mancata applicazione della business judgment rule sulla predisposizione degli assetti di controllo potrebbe rispondere anche all'esigenza di tutelare maggiormente i creditori che siano stati danneggiati propria a causa della carenza delle procedure interne; argomentazione, questa, che non potrebbe invece essere proposta negli Stati Uniti dove la tutela dei creditori non rientra nei doveri degli amministratori, se non forse quando la società si trovi in stato di insolvenza o pre-insolvenza: sul tema dei doveri fiduciari dei directors nei confronti dei creditori, si veda VICARI, *I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.*, 1999, 1244 ss.; con specifico riferimento al contesto italiano, ID., (nt. 188), 128 ss.. In diritto statunitense, si rinvia a: KEAY, *Company Directors' responsibilities to creditors*, New York, 2007, 253 ss.; HARVEY, *Bondholders' Rights and the case for a fiduciary Duty*, 65 *St. John's L. Rev.*, 1991, 1023; MACEY, *An economic analysis of the various rationales for making shareholders the exclusive beneficiaries of corporate fiduciary duties*, 21 *Stetson L. Rev.*, 1991, 23.

¹⁹³ Così, MONTALENTI, (nt. 63), 51; al riguardo, si veda anche CAVALLI, (nt. 6), 58-61; nello stesso senso, già SANDULLI, *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv. not.*, 1977, I, 1154-1157.

¹⁹⁴ Come osservato da MONTALENTI, (nt. 63), 47, "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", in quanto la riforma del 2003 ha "elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori". Nello stesso senso, BUONOCORE, (nt. 178), 19-31.

(iv) Per converso si potrebbe osservare che il parametro dell'“efficienza” e dell'“adeguatezza” costituisce una clausola generale di incerta applicazione e non può essere ricondotto a un modello predefinito di assetto organizzativo e di controllo che sia tale da minimizzare il rischio di subire delle perdite; tanto è vero che Banca d'Italia non ha imposto un unico modello di controllo interno da adottarsi nelle banche, lasciando una non marginale discrezionalità agli amministratori nel predisporre un assetto di controllo “adeguato” ed “efficiente”¹⁹⁵, non essendo possibile prescrivere modelli organizzativi universalmente ottimali, specie con riguardo a strutture spesso eterogenee e connotate da un diverso grado di complessità aziendale¹⁹⁶. In altre parole, agli amministratori non è riconosciuta discrezionalità decisionale esclusivamente in merito al “se” predisporre assetti di controllo, ma vi è discrezionalità sulle modalità concrete con cui questi assetti devono essere predisposti.

Tuttavia, non si tratta qui di accogliere l'ipotesi di una valutazione del tutto discrezionale da parte dei sindaci sull'operato degli amministratori: perchè la predisposizione degli assetti di controlli in ambito bancario è connotata da una elevata oggettività, sia nella selezione e applicazione delle regole aziendalistiche funzionali a raggiungere gli obiettivi previsti dalla normativa di settore sia quindi in

¹⁹⁵ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 14. Si badi poi che, come osservato da SACCHI, *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 701, Banca d'Italia precisa nelle Istruzioni di Vigilanza che le previsioni in materia di assetti organizzativi e di controllo “rappresentano un quadro di riferimento minimale e non esauriscono le cautele che possono essere adottate dai competenti organi aziendali, nell'ambito della loro autonomia nella scelta del modello organizzativo ritenuto più idoneo”.

¹⁹⁶ Cfr. RABITTI, (nt. 162), 60. V. anche: ABRIANI, (nt. 17), 3; IRRERA, (nt. 16), 82. Come rilevato da quest'ultimo Autore alle pp. 84-85, “l'adeguatezza di un sistema - in base al parametro della dimensione- dipende dal grado di maggiore o minore complessità della realtà che è chiamato a rappresentare; è del tutto pacifico che dinanzi a una società per azioni di ridotte dimensioni sia per giro d'affari, sia per la relativa organizzazione aziendale, gli assetti risulteranno adeguati anche se caratterizzati da una relativa semplicità: gli amministratori, infatti, in tali realtà hanno direttamente nelle loro mani l'intera realtà dell'impresa. In modo assolutamente speculare, la grande società per azioni che tra l'altro è frequentemente chiamata a svolgere attività di direzione unitaria presenta una complessità organizzativa molto maggiore che impone una più ampia e analitica articolazione degli assetti affinché questi risultino adeguati. La variabilità degli assetti si gioca anche in rapporto al parametro della natura dell'impresa: con tutta probabilità il legislatore intende alludere a una distinzione che risiede nel tipo di attività esercitata. [...] il giudizio di adeguatezza degli assetti varia - ad esempio - di fronte a una società il cui core business è rappresentato da attività finanziarie che occorre monitorare con strumenti specifici rispetto a un'altra il cui settore principale è quello industriale”.

relazione al giudizio sull'operato degli amministratori che hanno la responsabilità e l'onere di applicare quelle regole ¹⁹⁷. Non può infatti sfuggire che le Istruzioni di Vigilanza stabiliscono con notevole analiticità, se non le specifiche modalità, almeno gli obiettivi che gli organi e le funzioni del sistema di controllo interno devono prefiggersi, obiettivi che non rispondono a una semplice aspettativa di risultato, ma, secondo alcuni Autori, assurgono a un obbligo di pervenire a quel risultato ¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Cfr., con riferimento alla predisposizione degli assetti organizzativi anche al di fuori dell'ambito bancario, BERTOLOTTI, (nt. 4), 284.

¹⁹⁸ Così D'ANGELO, (nt. 62), 14, nota 19 (si veda anche quanto sostenuto dall'Autore a p. 144); dello stesso avviso, LEMME, (nt. 164), 129.

Ci si riferisce al fatto che il sistema di controllo interno deve garantire, oltre all'efficacia e all'efficienza dei processi aziendali, la salvaguardia del valore delle attività e la protezione dalle perdite, l'affidabilità ed integrità delle informazioni contabili e gestionali, nonché la conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza, le politiche e, in genere, con le procedure interne. Inoltre, come già ricordato, le Istruzioni di Vigilanza impongono alle banche di predisporre scelte organizzative che: (i) "assicurino la necessaria separatezza tra le funzioni operative e quelle di controllo ed evitino situazioni di conflitto di interesse nell'assegnazione delle competenze"; (ii) "siano in grado di identificare, misurare e monitorare adeguatamente tutti i rischi assunti o assumibili nei diversi segmenti operativi"; (iii) "stabiliscano attività di controllo a ogni livello operativo e consentano l'univoca e formalizzata individuazione di compiti e responsabilità, in particolare nei compiti di controllo e di correzione delle irregolarità riscontrate"; (iv) "assicurino sistemi informativi affidabili e idonee procedure di reporting ai diversi livelli direzionali ai quali sono attribuite funzioni di controllo"; (v) "garantiscono che le anomalie riscontrate dalle unità operative, dalla funzione di revisione interna o da altri addetti ai controlli siano tempestivamente portate a conoscenza di livelli appropriati dell'azienda (del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, se significative) e gestite con immediatezza"; (vi) "consentano la registrazione di ogni fatto di gestione e, in particolare, di ogni operazione con adeguato grado di dettaglio, assicurandone la corretta attribuzione sotto il profilo temporale".

Tali obiettivi sono stati ulteriormente specificati con l'introduzione del capitolo 7 dedicato al sistema di controllo interno nell'ambito della Circolare 263 del 2006. In particolare, si prevede che: "il processo di gestione dei rischi [debba essere] efficacemente integrato. Sono considerati parametri di integrazione, riportati a titolo esemplificativo e non esaustivo: la diffusione di un linguaggio comune nella gestione dei rischi a tutti i livelli della banca; l'adozione di metodi e strumenti di rilevazione e valutazione tra di loro coerenti (ad es., un'unica tassonomia dei processi e un'unica mappa dei rischi); la definizione di modelli di reportistica dei rischi, al fine di favorirne la comprensione e la corretta valutazione, anche in una logica integrata; l'individuazione di momenti formalizzati di coordinamento ai fini della pianificazione delle rispettive attività; la previsione di flussi informativi su base continuativa tra le diverse funzioni in relazione ai risultati delle attività di controllo di propria pertinenza; la condivisione nella individuazione delle azioni di rimedio"; inoltre, "i processi e le metodologie di valutazione, anche a fini contabili, delle attività aziendali [devono essere] affidabili e integrati con il processo di gestione del rischio. A tal fine: la definizione e la convalida delle metodologie di valutazione sono affidate a unità differenti; le metodologie di valutazione sono robuste, testate sotto scenari di stress e non fanno affidamento eccessivo su un'unica fonte informativa; la valutazione di uno strumento finanziario è affidata a un'unità indipendente rispetto a quella che negozia detto strumento". Infine, "le procedure operative e di controllo devono: minimizzare i rischi legati a

Dunque la società bancaria gode di fatto di una “limitata” capacità di autodeterminare la propria organizzazione; e ciò anche perché, attraverso la corretta attuazione delle norme dettate sugli assetti di controllo interno, la Banca d’Italia ritiene sia possibile garantire il perseguimento della sana e prudente gestione e la stabilità e l’efficienza del settore bancario ¹⁹⁹.

A ben vedere, poi, con specifico riferimento al parametro dell’efficienza, una valutazione basata sulla convenienza economica è irrinunciabile in relazione a singole operazioni di gestione, mentre non è di facile applicazione a tematiche più

frodi o infedeltà dei dipendenti; prevenire o, laddove non sia possibile, attenuare i potenziali conflitti d’interesse; prevenire il coinvolgimento, anche inconsapevole, in fatti di riciclaggio, usura o di finanziamento al terrorismo [...]”.

¹⁹⁹ Cfr. D’ANGELO, (nt. 62), 15. A conferma di ciò si può per esempio richiamare quanto previsto dalle disposizioni di vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008: “la Banca d’Italia valuta l’adeguatezza delle soluzioni organizzative e di governo societario adottate avendo riguardo all’attuazione piena e sostanziale delle [...] disposizioni [in tema di assetti organizzativi e di controllo]. Queste ultime rappresentano inoltre criteri di accertamento della conformità degli statuti alla sana e prudente gestione, ai sensi dell’art. 56 del TUB”. Sul significato di “sana e prudente gestione” e, in genere, sulle finalità che ci si dovrebbe porre nello svolgimento dell’attività bancaria, si veda LEMME, (nt. 164), 48 ss.. Secondo l’Autore, “la gestione prudente [...] non può essere una gestione che elimini il rischio, ma che piuttosto, attraverso strumenti tecnici, lo minimizzi. Ora, si può obiettare che in tutte le imprese vi è l’esigenza di minimizzare il rischio; nell’impresa bancaria, tuttavia, il rischio è istituzionalmente minimizzato, nel senso che si impone agli amministratori una sua valutazione specifica ed una sua riduzione”.

E’ significativo osservare che l’esigenza di evitare una gestione eccessivamente esposta ai rischi, che è sottesa al criterio della sana e prudente gestione, è alla base anche della ritrosia dei giudici statunitensi di applicare in concreto la business judgment rule con specifico riferimento alle decisioni dei directors di banche: per una analitica disamina di alcune sentenze emesse in ambito bancario, si rinvia a MCCOY, *The notional business judgment rule in banking*, 44 *Cath. U. L. Rev.*, 1994-1995, 1031; in quest’ottica, si richiama anche quanto sostenuto da ORENSTEIN, (nt. 179), 789: “certain features of the financial industry [e cioè la forte esposizione di tale settore al rischio di liquidità, di credito, e di mercato] make it impossible for shareholders to discount appropriately their investments in financial firms to account for each firm’s riskiness or to otherwise protect themselves. Thus, Caremark should be modified to allow courts to conduct a detailed inquiry into the adequacy of the risk-management systems at financial firms”. Infine, si segnala quanto osservato da MACEY-O’HARA, *The Corporate Governance of Banks*, *FRBNY Economic Policy Review*, 2003, con specifico riferimento all’applicazione degli standard di diligenza proposti nella sentenza Caremark in ambito bancario: “as applied to the banking industry, we believe that this standard is too low. In particular, we believe that an inquiry should be made into why the directors were unaware of the activity in question. Liability should attach where failure to maintain and construct an adequate reporting system was the reason for the ignorance. Moreover, we challenge the notion that only “sustained and systematic failure to provide oversight” should give rise to liability in the banking industry. Instead, it is our view that in order to avoid liability, directors of banks have a continuing obligation to develop and maintain a detailed and elaborate system for monitoring and oversight. Furthermore, bank directors should not be able to eliminate their personal liabilities in duty-of-care cases”.

ampie come quella della predisposizione dell'assetto di controllo in ambito bancario²⁰⁰. Questo non significa che non vi possa essere spazio di libertà nella scelta di utilizzare una soluzione procedurale piuttosto che un'altra anche in considerazione della specifica onerosità rispetto ai benefici ottenibili, potendosi quindi creare una contrapposizione di opinioni tra l'organo amministrativo e il Collegio Sindacale che appunto valuti diversamente costi e opportunità²⁰¹; ma allorquando si tratti del sistema di controllo di società bancarie che devono perseguire il dogma della "sana e prudente gestione" (tenendo conto dell'interesse non solo dei soci, ma anche di creditori, investitori e risparmiatori), la valutazione tra costi e benefici gode di un ambito più ristretto di discrezionalità in quanto è finalizzata a predisporre assetti di controllo che, più che "adeguati", dovrebbero essere maggiormente in linea con le *best practices* in relazione alle caratteristiche, alle dimensioni e all'attività della banca²⁰².

(v) Una conferma ulteriore della legittimità di un sindacato sull'efficienza e l'adeguatezza degli assetti di controllo si può poi trarre da quanto viene stabilito dall'art. 6 comma 1 del D. Lgs. 231 del 2001 sulla responsabilità amministrativa da

²⁰⁰ Cfr. RIGOTTI, (nt 106), 192-193.

²⁰¹ Infatti, come sottolineato da CECCHI-CORSINI-MENESTRINA, (nt. 93), 16-17, "la prevenzione deve contraddistinguere il presidio di quei rischi che hanno un'alta probabilità di verificarsi e allo stesso tempo un elevato potenziale di danno. Alla categoria a più basso rischio (bassa probabilità e basso impatto) possono essere associate azioni di controllo minime: per quanto ovvia, questa relazione ha una sua importanza in quanto impegna in concreto a contenere i costi dei controlli, cioè a non fare di essi un obiettivo in sé senza avere presenti i connessi vantaggi. Nelle fasi di cambiamento dei profili di rischio eliminare rapidamente quei controlli divenuti inutili aiuta a rendere più efficiente l'intera organizzazione e a sbarazzarsi di certi adattamenti passivi o comportamenti di ordine burocratico".

²⁰² Nelle società "comuni", gli artt. 2381 c.c. e 149 TUF non impongono invece di predisporre i migliori assetti possibili in funzione del perseguimento della sana e prudente gestione, ma assetti di controllo "adeguati": e ciò perchè, come rilevato da MOZZARELLI, (nt. 188), 738 "se la legge imponesse la predisposizione dei migliori assetti possibili (lo stato dell'arte alla luce della scienza aziendalistica e delle *best practices* risultanti dal mercato) e il loro costante aggiornamento, si correrebbe il rischio di trasformare i doveri ex artt. 2381 e 2403 c.c. dal riconoscimento di un mezzo obbligatorio finalizzato alla corretta gestione a un traguardo praticamente irraggiungibile, con costi ingenti e continui".

reato degli enti, ai sensi del quale i giudici valutano l' idoneità del modello organizzativo adottato e le modalità con cui è stato predisposto²⁰³.

Si tratta di una ingerenza da parte dell' autorità giudiziaria che potrebbe essere giustificata proprio dal fatto che vi è un preminente interesse "pubblico" a che le società facciano in modo di prevenire determinati reati, speculare all' interesse, sempre "pubblico", che l' obiettivo della "sana e prudente gestione" costituisca una barriera logica all' applicazione della business judgment rule in tema di assetti di controllo: interesse, questo, che non può non prevalere sulla libertà d' impresa ²⁰⁴ e sull' interesse "privato" degli amministratori di banche a non vedersi contestare responsabilità per aver predisposto assetti non adeguati e non efficienti²⁰⁵.

A ciò si potrebbe replicare che diverse sono le finalità della valutazione sugli assetti volti a escludere la responsabilità amministrativa dell' ente e quella relativa all' esistenza di profili di responsabilità civile degli amministratori, posto che il D.Lgs. 231 rappresenta per l' ente un forte incentivo a introdurre e vigilare il

²⁰³ Sulla normativa prevista dal D. lgs. 231/2001, si rinvia a: ABRIANI-GIUNTA, *L' organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, 2; ABRIANI-MEO-PRESTI (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *Analisi Giuridica dell' economia*, 2/2009; BUONOCORE, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l' art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 178, il quale, in particolare, ritiene che l' art. 6 del menzionato decreto ampli l' ambito di valutazione dei giudici in merito alla responsabilità degli amministratori; ID., (nt. 178), 38; GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 126 ss.; MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643 ss.; SACCHI, *L' organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 851 ss., il quale, a p. 860, si esprime in modo dubitativo sull' opportunità di estendere il sindacato dei giudici (e dell' organo di controllo) al "merito" di come vengono strutturati gli assetti organizzativi e di controllo; SFAMENI, *Responsabilità da reato e nuovo diritto societario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 154 ss..

²⁰⁴ Il possibile contrasto con l' art. 41 Cost. che si potrebbe creare per effetto di un sindacato nel "merito" sugli assetti organizzativi da parte dell' autorità giudiziaria (e dell' organo di controllo) è colto da SACCHI, (nt. 203), 861. Tuttavia, ritengo che un inasprimento del duty to monitor degli amministratori, attraverso la mancata applicazione della business judgment rule, potrebbe sì ritenersi un limite alla libertà degli stessi di decidere come e quanto investire nell' assetto dei controlli (dovendosi quindi garantire un margine di discrezionalità in simili decisioni per gli amministratori), ma, come osservato da PAN, (nt. 181), 244, "the power of this criticism assumes that boards in the current environment already invest the optimal amount in monitoring systems. If we believe that boards, in the absence of an effective duty to monitor, generally under-invest in monitoring systems, then the revised standard may be correcting erroneous practice".

²⁰⁵ Del resto, come statuito da Tribunale Milano, 3 novembre 2010, pubblicata in *Riv. dir. soc.*, 2011, 61 ss. in merito alle violazioni delle disposizioni del D. lgs. 231/2001 nella Banca Italease, "l' agire in conformità a legge è sottratto alla discrezionalità dell' imprenditore ed il rischio di non conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori".

modello organizzativo previsto, mentre la disciplina della responsabilità civile potrebbe rafforzare lo scrupolo degli amministratori all'adempimento dei loro doveri di monitoraggio, ma nel contempo non dovrebbe rappresentare una minaccia di possibili critiche giudiziali al loro operato da limitarne l'azione ²⁰⁶.

Tuttavia, la valutazione dell'opportunità o meno di consentire, in sede di predisposizione degli assetti di controllo, il ricorso alla business judgment rule quale esimente di responsabilità dovrebbe svolgere un percorso logico che non è dissimile da quello fatto dal Legislatore introducendo la disciplina dettata dal D. Lgs. n. 231: se è vero che il fondamento della business judgment rule è di proteggere gli amministratori da ingerenze *ex post* nelle loro decisioni, è anche vero che sarebbe certamente positivo rendere inapplicabile l'esimente in questa area di intervento in modo tale da incentivare, specie in ambito bancario, l'adozione di un assetto di controlli che sia adeguato, efficiente e funzionale a evitare danni ad azionisti, creditori, investitori e in generale al sistema bancario.

Ovviamente con ciò non si vuole esporre gli amministratori (e i sindaci) a responsabilità solo perchè la società abbia subito un danno per una mancanza nel sistema di controllo interno: resta pur sempre necessario, così come avviene con riferimento all'idoneità del modello di cui al D. Lgs 231/2001, valutare se al momento della sua predisposizione quel determinato assetto di controllo potesse ritenersi adeguato ed efficiente, avuto riguardo anche alle eventuali osservazioni del Collegio Sindacale ²⁰⁷. In questo modo, una volta provato che la "qualità" in termini di adeguatezza ed efficienza del sistema adottato non coincideva con la migliore disponibile nel settore, non si potrebbe opporre a esimente l'insindacabilità delle scelte di gestione perchè l'"ingerenza" dei sindaci sarebbe giustificata dall'esigenza di attuare *ex ante* i principi di corretta amministrazione che rappresentano un'area intermedia tra un controllo di legalità e un vero e proprio controllo di merito ²⁰⁸.

²⁰⁶ Di questo avviso, FERRARINI, (nt. 61), 63.

²⁰⁷ Cfr. SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 86; in senso conforme, LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001*, in MONESI (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 256.

²⁰⁸ Cfr. MOZZARELLI, (nt. 188), 740; v. anche ANGELICI, (nt. 188), 688.

2.5. Il regime di responsabilità e il potere di veto dei sindaci. Critica

Il punto più critico relativo alla questione se ammettere o meno una ingerenza dei sindaci sulla predisposizione degli assetti di controllo attiene al regime di responsabilità dei sindaci stessi che, in ambito bancario, non differisce dal regime previsto per i sindaci nelle società “comuni”: si tratta infatti di una responsabilità per omessa vigilanza che mai potrebbe tramutarsi in una responsabilità “da gestione” come potrebbe avvenire ove si ritenesse che le Disposizioni di Vigilanza, prevedendo un parere vincolante dei sindaci sull’architettura complessiva dei controlli, implicino un vero e proprio coinvolgimento degli stessi in una operazione gestionale.

Le stesse Disposizioni di Vigilanza specificano peraltro che il Collegio Sindacale, nel suo ruolo di supervisore del sistema di controllo interno, può “promuovere”, ma non decidere, “gli interventi correttivi delle lacune degli assetti organizzativi”²⁰⁹, con una formulazione che pone in dubbio la sussistenza di un vero e proprio potere di veto dei sindaci capace di condizionare la validità (e impedire la stessa commissione) dell’atto difforme posto in essere dagli amministratori²¹⁰. Da ciò, potrebbe quindi trarsi una ulteriore conferma che un potere di veto non sia compatibile con le funzioni essenziali del Collegio Sindacale che non potrebbe incorrere in una responsabilità di tipo gestionale che invece è e deve rimanere affidata esclusivamente agli amministratori così come disposto dall’art. 2380-bis c.c.²¹¹.

Si osserva tuttavia che in astratto un potere di veto non si pone in posizione di assoluta incompatibilità con il dettato dell’art. 2380-bis c.c. che non impedisce di per sè una ingerenza nella gestione da parte di chi non sia amministratore, semprechè tale intervento non si estenda alla complessiva attività di gestire la società, ma sia

²⁰⁹ Cfr. SCHIUMA, (nt. 13), 73.

²¹⁰ Condizionamento che invece dovrebbe ammettersi laddove si intendesse attribuire un controllo effettivamente ex ante al Collegio Sindacale nella banche: per una definizione di “controllo preventivo”, cfr. COCITO, (nt. 108), 120.

²¹¹ Cfr. ABRIANI, (nt. 17), 16.

limitato a un atto specifico²¹² come quello, appunto, di predisporre assetti adeguati ed efficienti²¹³.

L'art. 2364 c.c. consente infatti nelle società "comuni" una previsione statutaria ai sensi della quale per il compimento di determinati atti di gestione l'organo di amministrazione debba richiedere all'assemblea una autorizzazione preventiva: in tale modo, ai soci è data la possibilità di derogare al principio generale dettato dall'art. 2380-bis c.c. e di riservarsi il diritto di interloquire su un profilo strettamente gestionale²¹⁴.

²¹² Del resto, una parziale deroga dell'art. 2380-bis c.c. potrebbe riscontrarsi anche quando vengano rilasciate procure a terzi per il compimento di un atto di gestione: tali procure, purché limitate al compimento di specifici atti, sono infatti valide e non sembrano rappresentare delle indebite alterazioni dei principi organizzativi caratterizzanti la disciplina della società per azioni. Sul punto, cfr. ANGELICI, (nt. 151), 364 ss.. Infine, una conferma della legittimità di una deroga all'art. 2380-bis c.c. potrebbe trarsi anche dalla disciplina dei gruppi di società posto che l'art. 2497 c.c. ammette l'esercizio da parte della società capogruppo di una attività di indirizzo strategico che, ove esercitata nei limiti dei principi di corretta amministrazione, limita fortemente la libertà di scelta degli amministratori nella gestione della società eterodiretta. Di questo avviso, *ex multis*, MONTALENTI, (nt. 63), 45; sul punto, si veda anche TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 109-112.

²¹³ Si ricorda che in ambito bancario il Collegio Sindacale ha già il dovere di esprimere un consenso vincolante per gli amministratori in tema di obbligazioni di esponenti bancari. Infatti, ai sensi dell'art. 136 t.u.b. l'amministratore, se ha intenzione di contrarre una obbligazione con il proprio istituto bancario, deve comunicarlo al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, e può procedere a condizione di ottenere il voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo. In tal caso, come rilevato da LEMME, (nt. 164), 203, "si prefigura una partecipazione dell'organo di controllo a un procedimento deliberativo di carattere decisorio, avulso dalle normali funzioni limitate al controllo" e "tale partecipazione giunge a configurare una vera e propria condizione di perfezionamento della delibera di autorizzazione all'assunzione di obbligazioni", volta, secondo SACCHI, (nt. 195), 693, a rafforzare la tutela delle minoranze. Per un maggiore approfondimento sulle obbligazioni con esponenti bancari, si rinvia a: D'ANGELO, (nt. 62), 85 ss.; GIANNELLI, *Disposizioni della Banca d'Italia in materia di obbligazioni degli esponenti bancari*, in *Riv. soc.*, 1997, 852 ss.; MORERA, *Obbligazioni degli esponenti bancari*, in FERRO-LUZZI-CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, 2012 ss..

²¹⁴ Seppur con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 2364 c.c., cfr. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, 113. L'Autore, a p. 133, segnala inoltre che già la legge "attribuisce ai soci il potere di interferire nella gestione dell'impresa stabilendo che determinati atti amministrativi, quali ad es. l'aumento di capitale, l'emissione di obbligazioni o la destinazione degli utili di bilancio, non possono essere compiuti senza la preventiva approvazione assembleare". Come correttamente osservato sempre dallo stesso Autore in, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 542-543, una ulteriore limitazione al potere di gestione degli amministratori potrebbe poi individuarsi anche nell'art. 2361 2 comma c.c., ai sensi del quale "l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea". ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975, 3 ss., rileva che una ulteriore influenza dell'assemblea sulla gestione deriva dal potere di approvare il bilancio: in questo documento vi sono infatti delle

E' vero che, in questo caso, il potere attribuito ai soci non è quello di decidere, ma solo quello di autorizzare il compimento di una operazione gestionale e gli amministratori, essendo gli unici responsabili dell'operazione anche in presenza di una preventiva autorizzazione assembleare, possono comunque astenersi dal compiere l'operazione autorizzata²¹⁵, a maggior ragione se potenzialmente pregiudizievole per l'integrità del patrimonio sociale e contraria all'interesse dei creditori²¹⁶: il che sembra deporre non tanto per una deroga dell'art. 2380-bis c.c. bensì per una sua ulteriore conferma²¹⁷, in quanto i soci non sono in grado di vincolare l'operato degli amministratori, a differenza di ciò che era previsto prima della riforma del 2003 quando era consentito per l'assemblea deliberare - e non solo autorizzare - "sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall'atto costitutivo o sottoposti al suo esame dagli amministratori [...]"²¹⁸. Ma, resta il fatto che, in caso di diniego dell'autorizzazione, gli

poste, come per esempio gli ammortamenti, che hanno un rilievo non solo storico, ma anche prospettico in quanto riflettono le scelte del *management* relative ai futuri indirizzi della gestione. Infine, PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, 2006, 26-27, individua una competenza "gestionale" dell'assemblea nelle decisioni relative a operazioni di fusione e scissione, di emissione di strumenti finanziari partecipativi, come pure di riduzione e aumento del capitale sociale, specie laddove ci si trovi in una situazione ex art. 2446 c.c..

²¹⁵ Cfr. CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 172, il quale, partendo dal concetto di "autorizzazione" così come elaborato dalla dottrina pubblicistica, giunge alla conclusione che il *management* è libero di valutare l'opportunità dell'atto autorizzato e di decidere se eseguirlo; dello stesso avviso, *ex multis*, BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 18-19; GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004, 75, nt. 74.

²¹⁶ Cfr. ANGELICI, (nt. 151), 351 e nt. 41 a p. 362; di questo avviso, anche con riferimento alla disciplina previgente, ABBADESSA, (nt. 214), 36 ss.; CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 188-212 e, con riferimento alla potenziale responsabilità nei confronti dei creditori sociali, 212 ss..

²¹⁷ Di questo avviso anche BONELLI, (nt. 70), 22-24.

²¹⁸ Questa disposizione venne modificata proprio perchè l'ingerenza nella gestione da parte dei soci si considerava in antitesi con la complessità della gestione e le esigenze di celerità del mercato, incidendo negativamente sull'efficienza della stessa società; peraltro, ciò aveva indotto una parte della dottrina a ritenere che, anche nel regime previgente, l'intervento assembleare non avesse comunque carattere vincolante, ma dovesse qualificarsi come una mera autorizzazione (in questo senso, BONELLI, *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364 n. 4 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 7 ss.; BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 38; CORSI, *Poteri dell'assemblea e poteri del consiglio d'amministrazione in rapporto all'art. 2364, n. 4 del codice civile*, in *Foro it.*, 1974, I, 236 ss.; GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, 38, nt. 91; *contra*, ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci*, in AA.VV., *Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003, 35; CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 144-183; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*,

amministratori non possono compiere quella operazione²¹⁹, ed è quindi innegabile una limitazione – o, quantomeno, una attenuazione - del loro potere gestionale²²⁰.

Ne discende che il dettato dell'art. 2380-bis c.c. non costituisce un principio generale la cui derogabilità possa dirsi sempre esclusa: sotto questo punto di vista non vi sarebbe quindi alcuna incompatibilità con un potere di veto posto a favore dei sindaci nelle banche, per previsione di legge o, in ipotesi, anche per scelta statutaria sulla falsariga di quanto ammesso ex art. 2364 c.c., che abbia ad oggetto la predisposizione degli assetti di controllo e che sia funzionale a perseguire in maniera più efficace l'interesse "pubblico" a una "sana e prudente gestione".

A ben vedere, un simile potere di veto non sarebbe neanche incompatibile con il regime di responsabilità derivante dall'attività di controllo dei sindaci dato che, come anticipato, anche l'autorizzazione concessa dagli azionisti in applicazione del disposto dell'art. 2364 c.c. non rende gli stessi responsabili dell'operazione della quale rimangono esclusivamente responsabili gli amministratori: pertanto, anche una eventuale ingerenza da parte dei sindaci in merito alla predisposizione degli assetti di controllo non comporterebbe automaticamente una loro responsabilità di tipo gestionale.

Questa tesi è poi suffragata dal fatto che anche nel sistema dualistico - dove sembra difficile negare un controllo di merito in capo al Consiglio di Sorveglianza, specie in presenza di una apposita clausola statutaria che gli attribuisca formali poteri di direzione strategica ex art. 2409-terdecies comma 1 lett. f bis c.c.²²¹ - l'organo di controllo mantiene pur sempre una responsabilità di vigilanza ex art. 2409-terdecies,

Torino, 1974, 83-87, il quale ammetteva solamente il diritto degli amministratori di discostarsi dalle direttive dei soci in caso di non conformità all'interesse sociale). Per una disamina più approfondita sul punto, si rinvia a: CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), in particolare 141 ss.; più di recente, DE CRESCIENZO, (nt. 178), 75-82; in senso critico rispetto alla scelta legislativa che ha compresso le competenze dell'assemblea in materia gestionale, ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 542 ss.; v. anche CALANDRA BUONAURA, (nt. 3), 541-544.

²¹⁹ Cfr. ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 12; PORTALE, (nt. 214), 25-26; in senso conforme, anche BRIOLINI, (nt. 215), 18-19.

²²⁰ Tanto è vero che sembrerebbe ipotizzabile anche la revoca per giusta causa di quell'amministratore che abbia eseguito una operazione non autorizzata dall'assemblea.

²²¹ Cfr., *ex multis*, TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 720; si veda anche FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2/2007, 247.

3 comma, e non “di gestione” come invece avviene con riferimento all’organo di controllo del sistema monistico²²²: sicchè laddove si intendesse riconoscere, per legge o per via statutaria, un potere di autorizzazione in capo al Collegio Sindacale volto a garantire con maggior efficacia il rispetto dei principi di corretta amministrazione, non dovrebbe porsi un problema di incompatibilità con il regime di responsabilità previsto per la loro attività di controllo.

Occorre tuttavia precisare che in dottrina si discute se, in presenza della scelta statutaria di cui all’art. 2409-terdecies comma 1 lett. f-bis c.c., l’intervento del consiglio di sorveglianza si traduca in un potere decisionale pieno (come parrebbe da una prima analisi del dettato letterale della norma che utilizza il verbo “delibera”), oppure in un potere di mera autorizzazione ovvero, infine, in una approvazione delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione.

Nel primo caso, sarebbe evidente lo spostamento della competenza gestionale dal consiglio di gestione al consiglio di sorveglianza, ma tale ipotesi non è configurabile, specialmente perché l’art. 2409-terdecies lett. f-bis c.c. si riferisce a operazioni strategiche e a piani industriali e finanziari “predisposti” dal consiglio di gestione e viene mantenuta ferma “in ogni caso” la responsabilità di quest’ultimo per gli atti compiuti²²³, dovendosi quindi escludere un potere decisionale pieno del consiglio di sorveglianza²²⁴. Nel secondo caso, ovverosia configurando un potere di mera

²²² Cfr. OLIVIERI, (nt. 89), 530; v. anche SCHIUMA, (nt. 13), 74-78; di diverso avviso, CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012, 520-522, il quale rileva la possibile sussistenza, proprio per effetto dell’esercizio della funzione d’indirizzo strategico dell’impresa ex art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis c.c., di una responsabilità da compartecipazione alla gestione da parte dei consiglieri di sorveglianza, in solido con i componenti del consiglio di gestione.

²²³ Non è nemmeno condivisibile l’argomentazione per cui il participio “predisposti”, utilizzato nell’ambito della lett. f-bis, si adatta solamente ai “piani industriali e finanziari” e non alle “operazioni strategiche” (con la conseguenza che, in merito a queste ultime, il consiglio di sorveglianza potrebbe mantenere un potere decisionale pieno): e ciò perché il riferimento alle operazioni strategiche è stato aggiunto con il d.lgs. 310/04, e quindi successivamente alla formulazione della versione originaria della lett. f-bis che è avvenuta con il d.lgs. 37/04; in altre parole, non si tratta di una scelta consapevole del Legislatore, ma più semplicemente del risultato di come la norma è stata formata (di questo avviso, ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l’evoluzione del modello*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 12).

²²⁴ Cfr. ABBADESSA, (nt. 223), 11; BALP, Art. 2409-octies, in GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, 20; CARIELLO, (nt. 222), 369-379; C.MARCHETTI, *Il sistema dualistico*:

autorizzazione, si potrebbe invece concludere che il parere dei consiglieri di sorveglianza potrebbe sì impedire al consiglio di gestione di realizzare l'operazione o il piano prospettato, ma non sarebbe comunque in grado di vincolare il consiglio di gestione a procedere con quanto autorizzato. Mentre, nel terzo caso, si richiederebbe una condivisione da parte dei consiglieri di sorveglianza della politica gestionale della società²²⁵, tale da costituire una *condicio sine qua non* del perfezionamento del processo decisionale e, dunque, in grado di obbligare i consiglieri di gestione a eseguire quanto approvato²²⁶.

Fermo restando che l'esatta configurazione del potere affidato al consiglio di sorveglianza dipende da come in concreto è stata delineata in statuto la sua funzione di indirizzo strategico, i termini della questione non sembrano mutare nemmeno di fronte a quanto sin qui detto: perché in tutti i casi sopra menzionati, pur essendo il consiglio di gestione il "giudice finale" della decisione, vi è

questioni e clausole (prima parte), in *Studi di impresa* (Studio n. 162-2006/I del Consiglio nazionale del notariato). Di diverso avviso, MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 698, il quale ritiene possibile attribuire al consiglio di sorveglianza non solo un potere di autorizzazione o di approvazione, ma anche un potere di vera e propria decisione; in tal senso, pur sottolineando la necessità di una previa proposta da parte del consiglio di gestione quantomeno con riferimento ai piani industriali e finanziari, anche RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle Disposizioni di Vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 740-741. Sul tema, si veda pure TOMBARI, (nt. 221), 721 ss., il quale, nell'ammettere la possibilità di attribuire un potere "deliberativo" al consiglio di sorveglianza limitatamente alle operazioni strategiche (e non con riferimento ai piani industriali e finanziari che devono essere invece predisposti dall'organo di gestione), precisa che il consiglio di gestione mantiene la responsabilità con riferimento al momento esecutivo: in altre parole, come osservato dall'Autore, "se la direttiva è lecita e [il consiglio di gestione] non la esegue, tale comportamento omissivo può giustificare una revoca per giusta causa dei componenti del consiglio di gestione e una responsabilità verso la società in caso di danni; [...] se l'istruzione vincolante è illegittima, [...il consiglio di gestione] deve esercitare la sua "funzione di filtro" e dunque non eseguire l'istruzione".

²²⁵ Cfr. MONTALENTI, (nt. 224), 699.

²²⁶ Cfr. ABBADESSA, (nt. 223), 11; PORTALE, (nt. 88), 30; v. anche: FAISSOLA, *Problemi di attuazione delle normative sulla governance delle banche*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 139-140; MAGNANI, *sub art. 2409 terdecies*, in GHEZZI (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, 158; SANTONI, (nt. 29), 40; *contra*, CARELLO, (nt. 222), 387, il quale, partendo dall'assunto che non è possibile attribuire al consiglio di sorveglianza un potere decisionale pieno, ritiene che parimenti non sia possibile ammettere approvazioni con modifiche tali da cambiare nella sostanza i termini delle operazioni strategiche e dei piani industriali e finanziari predisposti dal consiglio di gestione.

comunque una parziale limitazione della libertà degli amministratori²²⁷ e, ciononostante, il regime di responsabilità del consiglio di sorveglianza attiene pur sempre a una omessa vigilanza e non viene qualificato dalla legge come una responsabilità da gestione²²⁸.

Ciò che a mio giudizio potrebbe invece essere incompatibile con il regime di responsabilità previsto per il Collegio Sindacale è il riconoscimento di un vero e proprio diritto di imporre autonomamente - e non semplicemente proporre o autorizzare - l'attuazione di specifiche misure per correggere gli assetti di controllo. Ove il Collegio Sindacale fosse investito di un tale potere, si creerebbe infatti una situazione di impropria sostituzione dei sindaci nella funzione gestionale riservata agli amministratori, anche se riguardante i soli assetti di controllo, con attribuzione ai sindaci di una potestà di autonoma iniziativa che non è coerente con la loro funzione tipica: in questo senso si deve leggere il disposto delle Disposizioni di Vigilanza del 2008 che consente al Collegio Sindacale, nel suo ruolo di supervisore del sistema di controllo interno, di "promuovere", ma non di decidere, "gli interventi correttivi delle lacune degli assetti organizzativi"²²⁹.

Si ricordi del resto che, come stabilito dalle stesse Disposizioni di Vigilanza, la decisione sulla definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli (poteri, responsabilità, risorse, flussi informativi, gestione dei conflitti di interesse) spetta in prima persona all'organo di gestione, e su di essa

²²⁷ Così, MONTALENTI, (nt. 224), 699-701.

²²⁸ Cfr. CARIELLO, (nt. 222), 252-254. L'Autore a p. 353 precisa che "esclusiva responsabilità non equivale di necessità a esclusiva competenza. Ciò significa che è possibile [...] riconoscere e sancire una responsabilità esclusiva dell'organo amministrativo senza una sua competenza esclusiva per la gestione. Altrimenti detto, la dissociazione parziale di titolarità della competenza e dell'imputazione della responsabilità è una possibilità normativa" (nello stesso senso, TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, 204, nt. 325). Del resto, continua l'Autore a p. 519, "con specifico riguardo alla funzione «forte» d'indirizzo strategico, le responsabilità riguardano una funzione in cui è insita e a cui è connaturata pur sempre [...] l'esercizio di una funzione di vigilanza"; di diverso avviso, TOMBARI, (nt. 221), 727, il quale ritiene la funzione di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza non strumentale a quella di controllo sulla gestione, quanto invece una funzione autonoma e indipendente che caratterizza il sistema dualistico di governance: ciononostante, l'Autore precisa che il regime di responsabilità configurato dal Legislatore per i consiglieri di sorveglianza è riconducibile essenzialmente alla responsabilità per omesso controllo, "sull'esempio della responsabilità dei sindaci".

²²⁹ Seppur in termini differenti e parzialmente in senso contrario alla tesi proposta nel testo, cfr. SCHIUMA, (nt. 13), 74-75.

l'organo di controllo è tenuto ad esprimersi formalmente solo in seconda battuta. Sicchè il potere di formulare la proposta e i suoi contenuti compete all'Alta Direzione e al Consiglio di Amministrazione i quali devono poi sottoporla ai sindaci che possono manifestare il loro dissenso, ma sono gli amministratori, e in particolare l'Alta Direzione, ad avere il diritto di formulare una nuova proposta modificata e integrata alla luce delle osservazioni dei sindaci²³⁰.

Solo in questo modo, infatti, il Collegio Sindacale mantiene una forma di supervisione "strategica" sull'operato dell'Alta Direzione, cooperando in merito alla predisposizione degli assetti di controllo, senza mettere in crisi il regime di responsabilità previsto dal nostro ordinamento.

2.6. Il potere di veto "indiretto" dei sindaci nelle banche: il raccordo funzionale con Banca d'Italia

Un ostacolo forse insormontabile al riconoscimento di un potere di "autorizzazione" in capo ai sindaci potrebbe essere rappresentato dal fatto che, in ambito bancario, non è previsto un meccanismo di composizione di un inconciliabile conflitto tra organo di controllo e organo di gestione che sorga sul come predisporre e correggere l'assetto dei controlli e che sia tale da creare una stasi cui la gestione bancaria non può essere esposta per non correre il rischio di situazioni che ne pregiudichino la normale operatività. Ma anche sotto questo profilo non pare possibile escludere con certezza la legittimità in ambito bancario di un potere di autorizzazione in capo ai sindaci perchè un eventuale dissenso tra organo

²³⁰ Le disposizioni di vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008 prevedono infatti che "l'organo di controllo [...] segnala agli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione le carenze e le irregolarità riscontrate, richiede l'adozione di idonee misure correttive e ne verifica nel tempo l'efficacia". Nello stesso senso, le Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, par. 1.1, dove si prevede che "la verifica delle procedure operative e di riscontro interno deve concludersi con osservazioni e proposte agli organi competenti, qualora si rilevi che i relativi assetti richiedano modifiche non marginali". Infine, la Circolare 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione II, par. 4, prevede che il collegio sindacale "è tenuto ad accertare l'adeguatezza di tutte le funzioni coinvolte nel sistema dei controlli, il corretto assolvimento dei compiti e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate".

amministrativo e Collegio Sindacale ben potrebbe dirsi risolto attraverso il coinvolgimento dell'Autorità di Vigilanza in applicazione dell'art. 52 TUB che impone ai sindaci di "informa[re] senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga[no] a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria"²³¹.

La previsione di un referente esterno per l'attività dei sindaci non è sconosciuta alla normativa ordinaria, ma il riferimento dell'art. 52 TUB alle "potenziali irregolarità" - a prescindere dalla gravità²³² - che devono essere comunicate - "senza indugio" - dai sindaci chiaramente mette in risalto il fatto che i sindaci devono percepire le anomalie gestionali sin dal loro momento genetico, richiedendosi quindi un giudizio *ex ante*²³³.

E ciò diversamente da quanto avviene nell'ambito delle società "comuni" quotate dove l'art. 149 TUF, pur istituendo un raccordo informativo tra Consob e Collegio Sindacale, si riferisce a "irregolarità [non potenziali, ma già] riscontrate nell'attività

²³¹ Come precisato dal comma 3 dell'art. 52 TUB, questa previsione si applica anche con riferimento alle società che controllano le banche o sono da queste controllate ai sensi dell'art. 23 TUB.

L'art. 52 TUB prevede anche obblighi di comunicazione a carico dei responsabili della revisione contabile in merito agli atti o i fatti, rilevati nello svolgimento dell'incarico, che possano costituire una grave violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria, ovvero che possano pregiudicare la continuità dell'impresa, o comportare un giudizio negativo, un giudizio con rilievi o una dichiarazione di impossibilità di esprimere un giudizio sul bilancio. Sul punto, occorre segnalare che sono più numerose le ipotesi in cui i sindaci sono obbligati ad allertare la Banca d'Italia posto che, a differenza di quanto previsto sul raccordo informativo con i revisori contabili, per i sindaci non si fa riferimento al requisito della "gravità" delle violazioni da segnalare all'Autorità di Vigilanza e, pertanto, i sindaci sono obbligati a comunicare tutti gli atti e fatti che ritengono anche solo rilevanti. Di questo avviso, PORZIO, *Controlli interni e controlli esterni nell'esercizio dell'impresa bancaria a sistema dualistico*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 170-171; D'ANGELO, (nt. 62), 243-247; v. anche LEMME, (nt. 164), 135-136; SACCHI, (nt. 195), 692.

²³² Tuttavia, come segnalato da LEMME, (nt. 164), 188, le irregolarità da comunicare alla Banca d'Italia devono essere rilevanti, "non essendo immaginabile che qualsiasi, anche minima discrasia debba obbligatoriamente costituire oggetto di comunicazione alla Vigilanza da parte dei sindaci"; dello stesso avviso, SCOTTI CAMUZZI, (nt. 143), 129 ss.. 116 ss.. *contra*, D'ANGELO, (nt. 62), 230, nota 131. Al riguardo, SACCHI, (nt. 195), 692-693, osserva che il collegio sindacale deve necessariamente informare Banca d'Italia anche delle denunce presentate dai soci ex art. 2408 c.c., ancorchè le stesse siano infondate o pretestuose: in tale ultimo caso, i sindaci dovranno comunque prendere posizione sulla rilevanza della questione e sulla sua fondatezza.

²³³ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 234-243; in senso conforme, LEMME, (nt. 164), 117; MORERA, (nt. 140), 213.

di vigilanza”, e impone ai sindaci di trasmettere soltanto i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti come, naturalmente, ogni altra utile documentazione utile²³⁴; in ambito bancario, l’esigenza è invece quella di prevenire, e non di amministrare successivamente in un’ottica sanzionatoria, le irregolarità e le disfunzioni che possono incidere sulla sana e prudente gestione posto che, per espressa previsione da parte delle Istruzioni di Vigilanza, il Collegio “deve soffermarsi sulle eventuali anomalie che siano sintomatiche di disfunzioni degli organi responsabili”.

Il raccordo ex art. 52 TUB differisce inoltre anche da quanto previsto dall’art. 2409 c.c. che prevede il ricorso all’autorità giudiziaria. Infatti, l’art. 2409 c.c. presuppone il fondato sospetto di “gravi” irregolarità che “possano arrecare un danno alla società”, mentre l’art. 52 TUB non fa riferimento nè alla gravità nè al legame causale con un danno alla società: sicchè il potere di informativa dei sindaci in ambito bancario sembra essere connotato da una maggiore ampiezza e consente una valutazione preventiva delle scelte del *management* a prescindere da un nesso di danno, anche solo potenziale, per la società, in quel dato momento difficilmente percepibile²³⁵.

Quindi, nelle banche il Collegio Sindacale smarrisce così la sua tipica funzione di semplice riscontro *ex post* e assume, già solo grazie all’art. 52 TUB, una legittimazione *ex lege* a ingerirsi nella gestione in un momento anticipato rispetto

²³⁴ Cfr. LEMME, (nt. 164), 118. Tuttavia, si segnala che Cass. 10 febbraio 2009, n. 3251, pubblicata in *Giur. comm.*, 2010, II, 431 ss., con nota di PARMEGGIANI, *I sindaci e la Consob*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1076 ss., ha affermato il principio che le irregolarità riscontrate devono essere comunicate, “a prescindere dall’effettiva sussistenza della violazione dei doveri di corretta amministrazione di cui tali irregolarità sono meri sintomi, senza che competa ai sindaci alcun accertamento preventivo delle violazioni stesse”. Come rilevato da CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 217, i sindaci dovrebbero attivare il flusso informativo con la Consob non soltanto quando ritengano sussistere violazioni “gravi”, bensì quando vi siano dati e notizie utili nell’ottica della vigilanza pubblica e rilevanti ai fini della tutela del mercato.

²³⁵ Come sostenuto da SALAFIA, *Il sistema dei controlli sulla gestione della società*, in MUNARI-ZAMPERETTI (a cura di), *Il diritto delle società tra controllo giurisdizionale e autonomia privata. Atti del convegno di Como 25 gennaio 1997*, Milano, 1997, 67, “il controllo giudiziario, mentre è idoneo a garantire il ripristino della regolarità delle gestioni nelle società industriali e commerciali in genere, è insufficiente rispetto alle società finanziarie e assicurative, per le quali è necessario più che un controllo sporadico, come necessariamente è quello giudiziario, una vigilanza continua e approfondita la quale è incompatibile con la struttura stessa dell’intervento giudiziario protesa soprattutto a reprimere le irregolarità riscontrate, laddove la vigilanza amministrativa è diretta prevalentemente a prevenire le irregolarità”.

all'assunzione delle decisioni. La sua attività di controllo sembra infatti svolgersi già nell'ambito del processo decisionale, influenzando all'occorrenza, anche attraverso il raccordo informativo con Banca d'Italia, l'attività del *management* in relazione alle potenziali anomalie gestionali, comprese appunto quelle afferenti un assetto organizzativo e di controllo non ritenuto adeguato o efficiente: in questo senso, Banca d'Italia rappresenta lo strumento più imparziale di composizione di eventuali conflitti tra sindaci e amministratori²³⁶.

Del resto, il rifiuto degli amministratori di adeguarsi, anche solo parzialmente, ai rilievi mossi dai sindaci potrebbe essere del tutto giustificato sotto molteplici aspetti: per l'eccessiva onerosità degli interventi pretesi dai sindaci, per la mancanza di concreti benefici all'operatività (o peggio per la prevedibile inutilità) di tali interventi e per l'incompatibilità di tempi ed effetti degli interventi rispetto alla necessità di una celere soluzione di certe tematiche²³⁷; e, in effetti, nella valutazione del sistema di controllo interno, il Collegio Sindacale dovrebbe pur sempre dare priorità alle direttive, alle procedure e alle prassi operative che consentano di limitare i rischi più significativi alla luce della loro rilevanza e della probabilità di

²³⁶ Non è un caso che l'art. 67, comma 1, lett. d) TUB attribuisce alla Banca d'Italia la facoltà di impartire alla capogruppo, con provvedimenti di carattere generale o particolare, disposizioni concernenti il gruppo bancario complessivamente considerato o suoi componenti, aventi a oggetto l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. Inoltre, come specificatamente previsto nelle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 11, Sezione IV, par. 1, "la percezione della situazione aziendale che deriva ai sindaci sia dallo svolgimento della funzione di controllo ad essi demandata dalla legge, sia dalla loro prossimità ai responsabili della gestione, fa del collegio sindacale un interlocutore privilegiato per la Banca d'Italia; quest'ultima può richiedere informazioni sui controlli svolti e sul funzionamento dei controlli interni"; e nel Titolo IV, Capitolo 12, par. 1.2 delle medesime Istruzioni, si specifica che "nei casi di più accentuata anomali, la Banca d'Italia può adottare nei confronti della banca provvedimenti specifici in materia di adeguatezza patrimoniale, contenimento dei rischi, partecipazioni detenibili, organizzazione e controlli interni". Infine, come precisato dalla Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, Sezione I, par. 1, "la Banca d'Italia, nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale, verifica la completezza, la adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza e di efficacia), la affidabilità del sistema dei controlli interni delle banche".

²³⁷ Cfr. VALENSISE, (nt. 13), 125, nota 229. In questo senso, è significativo osservare che, come stabilito dalla Circolare n. 263, Titolo V, Capitolo 7, il consiglio di amministrazione deve assicurarsi che "la struttura della banca sia coerente con l'attività svolta e con il modello di business adottato, evitando la creazione di strutture complesse non giustificate da finalità operative"; e ciò fermo restando che, come si è osservato, in ambito bancario il criterio della "sana e prudente gestione" dovrebbe limitare fortemente la possibilità di giustificare carenze negli assetti di controllo perchè non "convenienti".

accadimento²³⁸. A tal fine, il raccordo con Banca d'Italia è quindi assolutamente apprezzabile, perchè, da un lato, è in grado di prevenire eventuali danni per la società e, dall'altro, impedisce una ingiustificata stasi gestionale, anche solo limitata al come predisporre gli assetti di controllo²³⁹.

A ben vedere, ad analoga conclusione - e cioè che attraverso il raccordo con Banca d'Italia i sindaci possono prevenire l'assunzione di decisioni dannose per la società - potrebbe poi giungersi non solo con riferimento alla predisposizione di un adeguato ed efficiente sistema di controlli interni, ma in astratto anche relativamente a qualunque operazione gestionale che possa influenzare negativamente la sana e prudente gestione perchè in violazione della normativa bancaria e, in generale, dei principi di corretta amministrazione.

Con questo non si vuol dire che la responsabilità dei sindaci sia quella di esaminare qualunque atto di gestione, eventualmente coinvolgendo la Banca d'Italia ogniqualvolta si crei una situazione di non convergenza di opinioni con gli amministratori, quasi che il Collegio Sindacale debba ergersi a garante *ex ante* di tutto ciò che facciano gli amministratori o che questi ultimi di fatto siano dei gestori a "capacità limitata"; si vuol solo dire che la vigilanza deve essere esercitata, deve essere percepita dai "vigilati" e deve accrescere la sua forza ogniqualvolta si presentino anomalie o particolari indici di rischiosità. Ci si riferisce in particolare a tutte quelle operazioni che abbiano una incidenza significativa sulla situazione patrimoniale e finanziaria della società e del gruppo come, per esempio, la concessione da parte delle banche dei cc.dd. "grandi fidi"²⁴⁰, le operazioni

²³⁸ In questo senso, si esprimono anche i principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Revisori Contabili, precisamente nei criteri applicativi alla Norma 3.5. ("Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno").

²³⁹ Peraltro, come osservato da SACCHI, (nt. 195), 693, l'intervento di Banca d'Italia può risolvere non solo i conflitti che si vengono a creare tra sindaci e amministratori, ma anche quelli che vi potrebbero essere tra soci di maggioranza e amministratori, da una parte, e minoranza, dall'altra: infatti, considerato che quantomeno nelle banche quotate deve essere presente almeno un sindaco nominato dalla minoranza, il collegio sindacale è tenuto a informare Banca d'Italia sia delle valutazioni effettuate dalla maggioranza dei componenti del Collegio sulle "potenziali irregolarità" sia della posizione di dissenso eventualmente assunta dai singoli componenti, compresi quelli nominati appunto dalla minoranza.

²⁴⁰ Come ritenuto da PALMA, (nt. 19), 68, "la specifica categoria dei grandi fidi, essendo ben individuabile, richiede al collegio sindacale, a causa del potenziale maggior livello di rischio (rischio di concentrazione), una verifica periodica di ogni posizione. [...] In queste occasioni e sedi

infragruppo (specie se non rientranti nella ordinaria gestione dei rapporti *intercompany*) o le operazioni che siano riconducibili a direttive, più o meno esplicite, impartite alle società eterodirette e sulla cui adeguatezza il Collegio Sindacale deve vigilare in termini di rispetto dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ²⁴¹.

Si pensi poi all'esigenza, particolarmente avvertita in ambito bancario, di un più approfondito controllo sul concreto rispetto, quantitativo e qualitativo, del sistema di ripartizione delle deleghe all'interno del Consiglio di Amministrazione²⁴²: orbene, non sarebbe immaginabile l'imposizione in capo agli amministratori delegati di un obbligo di ottenere una sorta di autorizzazione preventiva del Collegio Sindacale rispetto ai loro atti, perchè ciò si tradurrebbe in una inaccettabile limitazione delle deleghe gestionali che il sistema di ripartizione vuole evitare, specie in ambito bancario in cui la rapidità di esecuzione delle decisioni è spesso essenziale; il sistema delle deleghe mira infatti a rendere chiari, lineari e autonomi i poteri delegati per far sì che la gestione sia efficiente e anche per una corretta suddivisione delle responsabilità, il che verrebbe meno, con un effetto di "burocratizzazione" e di farraginosità della gestione, nel caso in cui si pretendesse di imporre l'autorizzazione sindacale prima del compimento di ogni atto rientrante nella sfera dell'autonomia delegata.

possono essere riscontrati i cosiddetti "sconfinamenti del cliente" rispetto alle linee di fido concesse dalla banca e, accertata la causa e la misura dello sconfinamento, essere assunte le opportune determinazioni a seconda che lo sconfinamento sia temporaneo o causale, oppure ripetuto nel tempo, avendo cura di esprimere da parte dei sindaci il differente giudizio a livello di raccomandazione oppure di rilievo..".

²⁴¹ Cfr. MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1944. Sui doveri di controllo del collegio sindacale nell'ambito di un gruppo, si rinvia nuovamente a TOMBARI, (nt. 10), 938 ss..

²⁴² Come sostenuto da D'ANGELO, (nt. 62), 48: "proprio il fondamentale ruolo che nelle banche assume lo strumento della delega di funzioni (ad esempio in materia di erogazione del credito) rende indefettibile una periodica e adeguata sorveglianza sulla ripartizione delle deleghe e sull'esercizio delle funzioni delegate". L'importanza di un maggiore controllo sulle deleghe nell'ambito del consiglio di amministrazione è confermato anche nella disciplina di settore e, segnatamente, dal dettato delle Disposizioni di Vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008 ai sensi delle quali "il contenuto delle deleghe nell'ambito dell'organo con funzione di gestione deve essere determinato in modo analitico ed essere caratterizzato da chiarezza e precisione, anche nell'indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio; ciò, anche al fine di consentire all'organo collegiale l'esatta verifica del loro corretto adempimento nonché l'esercizio dei propri poteri di direttiva e di avocazione".

Sotto questo profilo, merita apprezzamento il fatto che la disciplina bancaria preveda il predetto raccordo funzionale del Collegio Sindacale con l'Autorità di Vigilanza cui viene affidata la valutazione su quali debbano essere le misure da predisporre, tenuto conto della decisione prospettata e delle circostanze del caso concreto²⁴³: ciò, da un lato, aumenta in modo evidente l'efficacia dei poteri del Collegio Sindacale nelle banche²⁴⁴ e, dall'altro lato, equivale ad ampliare i profili di responsabilità dei sindaci ove gli stessi abbiano omesso, o anche solo ritardato, il coinvolgimento di Banca d'Italia.

Occorre tuttavia osservare che l'ambito di valutazione di Banca d'Italia con riguardo a singole operazioni gestionali dovrebbe comunque essere limitato alla sussistenza di "potenziali irregolarità" - così come stabilito dall'art. 52 TUB - e non potrebbe certo estendersi a sindacare il "merito" della decisione degli amministratori, se non in presenza di una violazione dei principi di corretta amministrazione²⁴⁵; diversamente, vi sarebbe il rischio che il raccordo informativo tra Collegio Sindacale e Banca d'Italia si traduca nell'attribuzione di un potere di vero e proprio indirizzo che sarebbe in antitesi con la tendenza della regolamentazione bancaria che, originariamente connotata da una forte impronta dirigitica, si è invece mossa verso

²⁴³ Come precisato nelle Istruzioni di Vigilanza, Titolo IV, Capitolo 12, par. 1.2, "l'intensità degli interventi dipende dal grado di anomalia delle situazioni aziendali rilevato e dalla sensibilità e capacità dimostrate dagli esponenti aziendali nell'attuare le azioni di risanamento. Qualora la situazione complessiva ovvero specifici aspetti della gestione lo rendano necessario, la Banca d'Italia può convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti delle banche per un esame congiunto finalizzato a richiamare l'attenzione degli stessi in ordine agli aspetti problematici rilevati e alla necessità di assumere coerenti provvedimenti, dei quali la banca fornisce pronto riscontro. Analoga sollecitazione può essere rivolta dalla Banca d'Italia con lettera nella quale si rendono noti l'analisi condotta, le carenze emerse e gli eventuali provvedimenti specifici adottati nei confronti della banca. A seguito di tale intervento, i competenti organi aziendali formalizzano il programma che intendono porre in essere per la soluzione delle problematiche sollevate, precisando i relativi tempi di attuazione. La Banca d'Italia può anche richiedere che gli organi collegiali della banca si riuniscano per l'esame di specifici argomenti e proporre l'assunzione di determinate decisioni; in caso di mancata ottemperanza a tale richiesta, può procedere direttamente alla convocazione degli organi aziendali stabilendo l'ordine del giorno".

²⁴⁴ Cfr., per tutti, SACCHI, (nt. 195), 689, che ritiene il raccordo informativo con Banca d'Italia uno strumento in grado di garantire una maggiore incisività all'attività di controllo dei sindaci: in questo modo il referente principale del collegio sindacale non è solo l'assemblea che ha nominato gli stessi amministratori (ed è spesso condizionata in modo determinante dai soli soci di riferimento), ma proprio l'autorità di vigilanza che, per effetto della sua supervisione, può garantire una tutela anche agli interessi dei soci di minoranza.

²⁴⁵ Cfr. LUCANTONI, *Il collegio sindacale nelle banche: l'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, 166.

il potenziamento delle strutture di controllo interno e dell'autonomia delle società bancarie²⁴⁶.

Ciononostante, potrebbe però avvertirsi l'esigenza di un "controllo esterno" più incisivo rispetto a quello già previsto dalla disciplina bancaria quantomeno su particolari momenti della vita della società o comunque in relazione a operazioni che, secondo il Collegio Sindacale, possano mettere in pericolo l'integrità patrimoniale della banca e avere forti ripercussioni su risparmiatori, investitori e, in ultima analisi, sulla stabilità del sistema bancario nel suo complesso²⁴⁷. In altre parole, si potrebbe sostenere che la finalità dell'art. 52 TUB sia proprio quella che si

²⁴⁶ Cfr., *ex multis*, MARANO, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, Bologna, 2010, 2171 ss..

²⁴⁷ Cfr. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001, 94-97. In proposito, si veda quanto affermato da LEMME, (nt. 164), 132 ss. Un fondamento normativo per legittimare una ingerenza nel "merito" da parte dell'Autorità di Vigilanza potrebbe essere individuato nel disposto delle Istruzioni di Vigilanza e, precisamente, nel Titolo VI, Capitolo 4 ("Vigilanza Ispettiva"). Infatti, come precisato nel par. 1, "le ispezioni [di Banca d'Italia] sono volte ad accertare che l'attività degli enti vigilati risponda a criteri di sana e prudente gestione e sia espletata nell'osservanza delle disposizioni in materia creditizia. In particolare, l'accertamento ispettivo mira a valutare la sussistenza delle condizioni che, riflettendosi sugli equilibri gestionali, assicurano vitalità alla banca: consapevoli e coerenti strategia imprenditoriali; capacità di governo dei rischi; adeguate strutture organizzative nonché meccanismi di controllo interno ...". D'altra parte, è innegabile che Banca d'Italia, quando è chiamato a concedere le autorizzazioni previste dalla legge in merito alle modifiche statutarie e alle operazioni di fusione e scissione, non può che svolgere anche un sindacato nel merito dell'operazione prospettata così da comprendere se la stessa possa ritenersi in contrasto con il canone della "sana e prudente gestione".

Una recente conferma di quanto sia esteso l'ambito di valutazione dell'Autorità di Vigilanza può poi individuarsi anche in quanto previsto, per esempio, a seguito delle modifiche introdotte il 31 gennaio 2012 al Titolo I Capitolo II della Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 con specifico riferimento all'operazione di riacquisto o rimborso da parte della banca emittente di proprie azioni: infatti, questa operazione, laddove abbia ad oggetto un importo complessivo superiore al 5 per cento del capitale, è soggetta all'autorizzazione di Banca d'Italia che viene concessa, entro 90 giorni dalla data di ricevimento della richiesta di riacquisto o di rimborso, a condizione che non sia pregiudicata la situazione finanziaria e di solvibilità della banca che dunque presuppone un giudizio da parte dell'autorità di vigilanza sui termini e le condizioni dell'operazione tenuto anche conto delle prospettive della società e del suo settore di riferimento.

L'autorizzazione di Banca d'Italia è richiesta anche in merito a operazioni di rimborso o riacquisto da parte della banca emittente di strumenti computabili nel patrimonio di vigilanza e può essere ottenuta soltanto quando, per effetto di simili operazioni, non sia pregiudicata la situazione economico-finanziaria e di adeguatezza patrimoniale, anche prospettica, della banca e del gruppo bancario. Addirittura, in simili contesti, è consentito alla Banca d'Italia di chiedere che gli strumenti da rimborsare o riacquistare siano sostituiti con altri di qualità patrimoniale equivalente o che l'eventuale plusvalenza sia destinata ad incremento del capitale e delle riserve, così incidendo profondamente su una decisione tipicamente di gestione quale è la concreta struttura patrimoniale e finanziaria della società.

attribuiva al raccordo informativo previsto dall'art. 37 della previgente legge bancaria²⁴⁸: e cioè quella di rendere i sindaci la *longa manus* dell'Autorità di Vigilanza, attribuendo ai primi il ruolo di coadiutori della seconda nell'assolvimento di un compito di vigilanza che sia coerente anche con la funzione di "interesse pubblico" sottesa all'attività delle banche (quantomeno quelle "commerciali" e "universali") e che quindi dovrebbe obbligare il Collegio Sindacale a informare Banca d'Italia anche con riferimento a operazioni che, per caratteristiche, dimensioni e situazioni particolari in cui si trova la società stessa, rendono ancor più labile la valutazione sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e il confine tra "merito" e "legittimità"²⁴⁹.

2.7. Conclusioni

Per concludere, benchè il Collegio Sindacale sia per opinione consolidata competente a un controllo di legalità prevalentemente *ex post*, nelle banche questo organo potrebbe e dovrebbe essere chiamato a svolgere un controllo perlopiù in via preventiva, in linea con l'esigenza sottesa alla nozione di "sistema di controllo interno" che, appunto, concepisce i controlli come un qualcosa di coesistente alla gestione²⁵⁰: e ciò in virtù del combinato disposto delle Istruzioni e delle Disposizioni di Vigilanza che impongono al Collegio Sindacale di pronunciarsi sulla definizione dell'architettura dei controlli e grazie alla previsione del raccordo con Banca d'Italia ex art. 52 TUB.

In questo senso, si può sostenere che il Collegio Sindacale assuma nelle banche un ruolo assimilabile a quello attribuito al consiglio di sorveglianza del sistema

²⁴⁸ Come previsto dal terzo comma dell'art. 37 della legge bancaria del 1936, "le proposte, gli accertamenti e le contestazioni del collegio sindacale o degli organi di sorveglianza dovranno essere trasmessi in copia all'Ispettorato nel termine di dieci giorni dalla loro presentazione e nello stesso tempo trascritti in apposito libro".

²⁴⁹ Cfr. PORZIO, (nt. 231), 167-168.

²⁵⁰ Al riguardo, ANGELICI, (nt. 151), 373-374, segnala che, non solo nelle banche, ma anche nelle società "comuni" l'organo di controllo in tutti i diversi sistemi di governance previsti nel nostro ordinamento dovrebbe contribuire all'amministrazione della società, posto che, secondo l'Autore, "amministrazione" e "controllo" sono "momenti di un progetto in definitiva unitario, quello che mira ad un'efficiente e corretta gestione dell'impresa".

dualistico o al comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico, così realizzando in un certo qual senso quella convergenza tra modelli di governance tanto auspicata in ambito internazionale ²⁵¹; in sostanza, potrebbe essere qualificato come un organo “ibrido” di sorveglianza, avente funzioni di legalità e di supervisione sul lavoro dell’Alta Direzione nella predisposizione del sistema di controllo interno e, come si è precisato nel primo capitolo, sulla definizione dei flussi informativi a favore degli amministratori non esecutivi e, in generale, sull’indipendenza e sull’imparzialità delle funzioni adibite al controllo sull’amministrazione della società.

E’ innegabile che ciò può comportare il rischio di disfunzioni operative tra l’organo amministrativo e quello di controllo, ma l’obiettivo è quello di utilizzare alcune soluzioni organizzative previste per i sistemi alternativi e applicarle in modo efficiente a grandi imprese come quelle bancarie²⁵²: il Collegio Sindacale, se posto in grado di superare i tradizionali limiti relativi alla scarsa efficacia di un controllo svolto essenzialmente *ex post* e in una ottica meramente sanzionatoria, potrebbe infatti rivelarsi come uno strumento preferibile, rispetto agli organi di controllo dei sistemi alternativi di governance, in quanto è connotato da una maggiore indipendenza e stabilità²⁵³.

A differenza dei consiglieri di sorveglianza, i sindaci non possono essere revocati se non per una giusta causa che sia approvata dal Tribunale; nè sono loro stessi a dover nominare chi deve gestire la società: chiaro che in tal modo vi sono minori pericoli per l’imparzialità dei sindaci nell’attività di controllo, posto che gli stessi non possono essere condizionati nella loro attività per il timore di una revoca dalla carica, nè si possono trovare a dover censurare l’operato di persone da loro nominate. Anche nel modello monistico, vi è un elevato rischio di conflitti di

²⁵¹ OCSE, *Survey of corporate governance developments in OECD Countries*, 2003, 18. In senso conforme all’attribuzione di un ruolo per certi versi assimilabile a quello degli organi di controllo nei sistemi alternativi di governance, si veda: COTTINO, *Il D.L. 24 febbraio 1998, n. 58*, in *Giur. it.*, 1998, 1299; D’ANGELO, (nt. 17), 567-568. Sul punto si veda anche JAEGER-MARCHETTI, *Corporate governance*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 636-638, i quali, ancor prima dell’introduzione del TUF, auspicavano che il Collegio Sindacale assumesse anche nelle società quotate una fisionomia simile a quella dell’organo di controllo del sistema dualistico di origine tedesca.

²⁵² Così MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in ABBADESSA-CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 157 ss..

²⁵³ Di questo avviso anche, D’ANGELO, (nt. 17), 591.

interesse del comitato per il controllo sulla gestione il quale, essendo composto proprio da amministratori sia pure indipendenti ma comunque scelti nell'ambito del Consiglio di Amministrazione, potrebbe soffrire di una scarsa autonomia nello svolgimento del controllo, tenuto anche conto che il suo ruolo sembra essere diverso da quello del Collegio Sindacale in quanto non è funzionale a vigilare sull'attività dell'organo amministrativo nel suo complesso quanto invece a svolgere i compiti di controllo che nel sistema tradizionale spettano al Consiglio di Amministrazione²⁵⁴.

Non è un caso infatti che le Disposizioni di Vigilanza, emanate in data 4 Marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario, pur riconoscendo alle banche la facoltà di scelta fra i tre sistemi di amministrazione e controllo, richiede una "approfondita autovalutazione" sull'opportunità dell'adozione di tali modelli, i cui risultati sono peraltro sindacabili da parte dell'Autorità stessa con possibili esiti anche negativi. Ciò evidentemente perchè Banca d'Italia nutre una certa diffidenza rispetto ai modelli alternativi, per i quali impone di "adottare idonee cautele - statutarie, regolamentari e organizzative - volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia e l'efficienza dei controlli derivanti dalla presenza nello stesso organo di funzioni amministrative e controllo", incidendo in misura

²⁵⁴ Cfr. CALANDRA BUONAURA, (nt. 3), 548; v. anche: CORRADO, *I controlli interni nel sistema monistico: osservazioni in merito a natura e funzioni del comitato per il controllo sulla gestione*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 199; GHEZZI-RIGOTTI, (nt. 89), 318. Sul rischio di conflitti di interesse nello svolgimento dell'attività di controllo da parte del comitato per il controllo sulla gestione, v., *ex multis*: CERA, (nt. 5), 365-372; FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Milano, 2003, 29; BONELLI, (nt. 67), 279. Secondo BUFFA DI PERRERO, *I "controlli" nel modello monistico*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 145, il rischio di conflitto di interessi tale da incidere sull'efficienza dei controlli nel sistema monistico è comunque temperato dal fatto che i componenti del comitato per il controllo sulla gestione è composto da soggetti indipendenti; tuttavia, continua l'Autrice, "ciò che, senza dubbio, acuisce il potenziale conflitto di interessi fra "controllori" e "controllati" è [...] il permanere in capo ai componenti dell'organo di controllo della carica di amministratori". Tanto è vero che non è attribuito per legge ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione il potere di promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori esecutivi proprio per l'evidente situazione di conflitto d'interessi in cui i componenti del comitato per il controllo sulla gestione si potrebbe venire a trovare: in tal senso, OLIVIERI, (nt. 89), 534; in senso dubitativo sulla presunta minore efficacia del controllo nell'ambito del sistema monistico, ANGELICI, (nt. 151), 374. In generale sui doveri e poteri del comitato per il controllo sulla gestione, si rinvia a: REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 584.

non irrilevante sui tratti caratteristici dei sistemi alternativi di governance come introdotti nell'ordinamento italiano²⁵⁵.

Queste disposizioni sono funzionali proprio a costringere le banche a una netta individuazione di compiti e responsabilità tra gli organi aziendali, riducendo le ambiguità cui si prestano i modelli alternativi di governance²⁵⁶; per questa ragione si

²⁵⁵ Tanto è vero che si è dubitato se le disposizioni di vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008 abbiano rispettato o meno la potestà regolamentare che è riconosciuta a Banca d'Italia dalla legge. Sul punto, si veda COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1270 ss..

In particolare, quanto al sistema monistico, viene imposta come obbligatoria la predisposizione della clausola, facoltativa secondo il diritto comune, che affida all'Assemblea, e non anche al Consiglio di Amministrazione, il compito di nominare e revocare i suoi componenti; inoltre, si impone di prevedere in statuto che il comitato per il controllo sulla gestione possa procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo posto che nell'ambito della disciplina legale del sistema monistico non vi è alcun rinvio al primo comma dell'art. 2403-bis c.c. che prevede il potere di ispezione per i sindaci.

Con riferimento invece al sistema dualistico, si prevede che, ove la funzione di supervisione strategica sia assegnata al consiglio di sorveglianza (o quest'ultimo abbia un numero elevato di componenti), deve essere costituito un apposito comitato che deve rappresentare il punto di riferimento per le funzioni e le strutture aziendali di controllo interno: ai componenti di questo comitato è riservata la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione. Inoltre, lo statuto delle banche che adottano il modello dualistico deve prevedere che il consiglio di sorveglianza possa procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo (posto che, anche per il sistema dualistico, manca un esplicito rinvio al primo comma dell'art. 2403-bis c.c.), nonchè deve prevedere la legittimazione dei consiglieri di sorveglianza a richiedere ai consiglieri di gestione notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari. Infine, a differenza di quanto previsto nella normativa ordinaria ai sensi della quale i consiglieri di sorveglianza possono essere revocati anche senza giusta causa, si impone che la revoca dei componenti del consiglio di sorveglianza, ovvero dei soli componenti del comitato per il controllo interno ove costituito, sia "debitamente motivata".

Ciò detto, come osservato da CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 680, resta il fatto che "l'obbligo di motivazione e la competenza assembleare non garantiscono il medesimo grado di indipendenza che la giusta causa e l'approvazione del tribunale assicurano ai sindaci, [anche se] possono consentire all'Autorità di vigilanza un sindacato sulla decisione quando possa configurare una irregolarità sanzionabile, e rappresentare, comunque, un deterrente rispetto a comportamenti ingiustificati e strumentali".

²⁵⁶ Proprio con riferimento al sistema dualistico, le disposizioni di vigilanza n. 264010 del 4 marzo 2008 prevedono infatti che "lo statuto della banca, nell'ambito di quanto consentito dal codice civile, deve: (i) individuare in modo chiaro e puntuale l'ambito delle materie attribuite alla competenza del consiglio di sorveglianza; (ii) limitare tali competenze alle sole operazioni effettivamente "strategiche", escludendo in ogni caso ampliamenti delle fattispecie rimesse allo stesso consiglio di sorveglianza; (iii) qualificare natura e contenuti del potere decisionale riconosciuto al consiglio medesimo rispetto alle competenze del consiglio di gestione, fermo restando il potere di proposta di quest'ultimo; (iv) individuare le operazioni strategiche fondamentali (es. fusioni, acquisizioni di particolare rilievo) per le quali il consiglio di sorveglianza può rappresentare il proprio indirizzo al consiglio di gestione ai fini della predisposizione della relativa proposta; (v) attribuire al consiglio di gestione della capogruppo il

potrebbe forse ritenere che la soluzione di attribuire al Collegio Sindacale il potere di ingerirsi in una decisione “strategica” quale è la definizione dei flussi informativi a favore degli amministratori non esecutivi e, in generale, la predisposizione degli assetti di controllo, si potrebbe tradurre nella eliminazione di quello che da Banca d’Italia è considerato il punto di forza del modello tradizionale: e cioè l’esistenza di una - apparentemente - chiara delimitazione dei confini tra le diverse funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo, che sono rispettivamente affidate al Consiglio di Amministrazione, all’Alta Direzione e al Collegio Sindacale.

Ciononostante, focalizzare l’intervento del Collegio Sindacale all’architettura complessiva degli assetti di controllo e alla definizione dei flussi informativi non sembra tale da consentire una eccessiva intromissione dell’organo di controllo nella gestione della società, nè pare incompatibile con la riserva di competenza prevista dall’art. 2380-bis c.c. o con il regime di responsabilità stabilito per l’organo di controllo.

In più, l’attribuzione di una simile competenza potrebbe essere giustificata dal principio della “sana e prudente gestione” e sarebbe in linea con quell’esigenza espressa dal Comitato di Basilea per cui i controlli devono divenire effettivamente parte integrante della complessiva attività di governo della società bancaria, riuscendo a ridurre, appunto attraverso un sindacato sull’adeguatezza e l’efficienza dell’architettura del sistema di controllo interno, il pericolo di danni irreversibili per le banche.

Peraltro, le obiezioni di carattere sistematico che potrebbero opporsi all’attribuzione ai sindaci di un potere di autorizzazione su materie aventi natura strategica-gestionale non sono comunque tali da scalfire l’essenza di base del problema e cioè che l’attività di controllo dei sindaci nelle banche è connotata da una maggiore attenzione verso la prevenzione del danno, piuttosto che alla sua gestione in un momento successivo: e ciò attraverso il raccordo informativo istituito ex art. 52 TUB con Banca d’Italia che permette ai sindaci di coinvolgere l’Autorità di Vigilanza nelle valutazioni delle decisioni degli amministratori, sia con riferimento agli assetti di controllo ritenuti dai sindaci carenti e inefficienti, sia con riferimento a operazioni

compito di designare i consiglieri esecutivi delle società del gruppo al fine di assicurare l’unitarietà della conduzione operativa del gruppo stesso”.

che per le loro caratteristiche, dimensioni, ovvero per il momento in cui le stesse vengono poste in essere possano recare danni a soci, investitori e al sistema bancario nel suo complesso.

Sotto questo punto di vista, i sindaci sembrano davvero possedere un potere di “veto”, ancorchè indiretto, sulle decisioni degli amministratori, con la conseguenza che il loro dovere di sorveglianza potrebbe assicurare l’effettivo rispetto del canone della “sana e prudente gestione”.

Capitolo III

IL CONTROLLO EX ANTE DEL COLLEGIO SINDACALE NELLE SOCIETÀ “COMUNI”

3.1. I poteri dei sindaci nelle società “comuni” e l’esigenza di un controllo ex ante. Inammissibilità di un potere di autorizzazione

Alla luce di quanto sin qui esaminato, occorre chiedersi se il Collegio Sindacale possa assumere un ruolo di controllo preventivo anche al di fuori del contesto bancario oppure se debba limitarsi a svolgere quel controllo di tipo successivo che gli è stato tradizionalmente assegnato. E ciò tenendo conto che, dalla lettura della Relazione al Codice Civile, emerge quella che era la volontà del Legislatore: istituire un organo che svolgesse una sorveglianza collaborativa, più che ispettiva, ma nel contempo evitare di “creare [...] un organo che potesse intervenire, ed eventualmente opporsi, nell’operare degli amministratori”, così rendendo labile il confine tra amministrazione e controllo.

Nelle società “comuni”, non vi è alcuna norma che sembra poter legittimare un potere di autorizzazione preventiva in merito alle decisioni di gestione, nemmeno limitato all’adeguatezza e all’efficienza degli assetti organizzativi e di controllo; e il raccordo tra Collegio Sindacale e Autorità di Vigilanza delle banche è significativamente diverso da quello che è previsto, per le società quotate, tra i sindaci e la Consob e anche da quello previsto tra i sindaci e l’Autorità Giudiziaria ex art. 2409 c.c..

Quindi, si dovrebbe concludere che nelle società “comuni” i sindaci non avrebbero i poteri per impedire *ex ante* la realizzazione di un danno per la società, ma solo per limitare, ove possibile, le ulteriori conseguenze negative da esso derivanti attraverso l’esercizio dei poteri “reattivi” che gli sono attribuiti dalla legge: e cioè attraverso il potere di impugnare le delibere del Consiglio di Amministrazione (oltre a quelle dell’Assemblea), di convocare l’Assemblea per gli opportuni provvedimenti, di

agire autonomamente per far valere la responsabilità degli amministratori ovvero, infine, di ricorrere all'Autorità Giudiziaria per far cessare le irregolarità riscontrate.

L'attività del Collegio Sindacale nelle società "comuni" è dunque prevalentemente orientata a censurare *ex post* l'agire dell'organo amministrativo, mentre risulta fortemente limitato il suo controllo *ex ante* che potrebbe essere utile ad evitare - e non solo gestire successivamente - i danni per la società.

In realtà, va detto che l'immagine del Collegio Sindacale nelle vesti di garante di un controllo meramente *ex post* si è via via smarrito con il passare degli anni anche nelle società "comuni" in ragione delle riforme che - prima per le società quotate con l'introduzione del TUF e poi anche nel Codice Civile per le altre società per azioni - hanno inciso profondamente sul ruolo e sulla funzione di quest'organo: mi riferisco in particolare al fatto che, come già ricordato, i sindaci, dovendo assistere alle adunanze del Consiglio di Amministrazione e soprattutto alle riunioni del comitato esecutivo, hanno la possibilità, addirittura il dovere, di interloquire già durante il processo decisionale, non potendo comportarsi come dei meri "uditori"²⁵⁷.

E' tuttavia un dato di fatto che nella pratica il Collegio Sindacale si attiva solo in concomitanza di una crisi, più o meno conclamata, della società, per far accertare le responsabilità del *management* (spesso consentite da omissioni nella precedente attività di controllo); e comunque se, da una parte, i sindaci sono in grado di garantire una interazione nell'ambito del processo decisionale che può aumentare la dialettica con gli amministratori, dall'altra questi ultimi restano liberi di procedere come ritengono più appropriato²⁵⁸.

²⁵⁷ Tanto è vero che anche nella nuova versione del Codice di Autodisciplina per le società quotate del 2011, e, precisamente, nel commento all'art. 8 dedicato ai sindaci, si precisa che "al collegio sindacale spetta un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente *ex post*, che si traduce in una verifica sui processi il cui esito va portato all'attenzione degli amministratori, affinché essi adottino le misure correttive eventualmente necessarie". Sul punto, si rinvia alla nt. 151.

²⁵⁸ ENRIQUES, *Breve commento sulla "natura" e il ruolo degli amministratori indipendenti*, in BIANCHINI-DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 44, pone tuttavia in discussione l'opportunità della partecipazione dei sindaci alle riunioni del comitato esecutivo e del consiglio di amministrazione. Infatti, secondo l'Autore, "è più difficile reagire con un "no" una volta che non si abbia avuto la tempestività e/o l'ardire di contestare una scelta nel contesto della riunione" e, laddove il sindaco volesse successivamente far valere la responsabilità degli amministratori, questi ultimi "ben potrebbero rilevarne l'incoerenza, magari imputando il mutamento di opinione alla volontà di sottrarsi a eventuali responsabilità".

Tali limiti sembrano essere stati percepiti, oltreché dalla dottrina che si è occupata del Collegio Sindacale fin dalla sua introduzione, anche dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili che ha redatto, nel 2011, una nuova versione dei cc.dd. “principi di comportamento”; principi, questi, che, pur non avendo efficacia di legge e, dunque, non potendo modificare i poteri e le competenze attribuite per legge al Collegio Sindacale, hanno il valore di regole di condotta cui i sindaci dovrebbero attenersi nell’espletamento dei loro compiti e che definiscono il grado di diligenza richiesto al Collegio Sindacale per il miglior assolvimento della funzione ²⁵⁹.

In particolare, la regola 3.1 consente al Collegio Sindacale di individuare “opportune azioni di miglioramento” e di richiederne all’organo amministrativo l’attuazione qualora ravvisi la necessità di applicare misure di salvaguardia in relazione a “concreti rischi” che - anche con riferimento alla predisposizione degli assetti di controllo - potrebbero comportare la violazione di legge o di statuto ovvero la mancata o inesatta applicazione dei principi di corretta amministrazione: previsione che sembra comportare un rafforzamento dei poteri attribuiti ai sindaci, ai quali compete poi l’onere di monitorare le modalità con cui gli amministratori realizzino le azioni correttive richieste e, ove le stesse siano ritenute insufficienti, l’obbligo di adottare le altre iniziative previste dalla legge.

Orbene, il riferimento ai “concreti rischi” sottende una logica anticipatoria dei controlli e la stessa cogenza del parere dei sindaci sembra essere più intensa di quella tradizionalmente attribuitagli: perchè la regola sopra menzionata non parrebbe consentire agli amministratori di non adeguarsi alle misure correttive suggerite dai sindaci, così legittimando questi ultimi a intromettersi nelle decisioni degli amministratori e ad imporre le misure correttive che ritengano più opportune.

²⁵⁹ Come segnalato da VALENSISE, (nt. 13), 17, “questi principi [...] non costituiscono la soglia minima del comportamento dovuto, quasi che la mancata osservanza di quella soglia si traduca senz’altro in difetto di diligenza e determini una presunzione relativa o addirittura assoluta di inadempimento cui il giudice deve conformarsi. La verità è che essi non dettano nè sogli minime nè soglie massime, ma indicano e suggeriscono criteri tecnico-professionali che possono essere liberamente apprezzati dal giudice e contribuire alla formazione del suo convincimento, sì che questi possa ritenere che nella specie è stata in effetti violata una regola di comportamento professionale”.

E' poi significativo osservare che è stata introdotta anche la regola n. 11 che, con riferimento all'attività del Collegio Sindacale nelle situazioni di crisi, sembra ampliare il tipico ambito di valutazione dell'organo di controllo. In tale norma è, infatti, stabilito che il Collegio Sindacale, nell'espletamento delle proprie funzioni, rappresenti all'organo amministrativo situazioni che possono compromettere la continuità aziendale, suggerendo, ove percorribili, strumenti di composizione negoziale o soluzioni concorsuali previsti dalla legge fallimentare. E' lasciata quindi al Collegio Sindacale la valutazione se lo stato di crisi in cui versa la società sia temporaneo oppure se, eventualmente anche per supplire all'inerzia degli amministratori, sia necessario attivare delle misure di contenimento che evitino il peggioramento della situazione, così ampliando i profili di responsabilità dei sindaci in caso di omessa iniziativa ²⁶⁰.

In tal modo, viene alla luce una caratteristica "imprenditoriale" del controllo sulla gestione che è svolto dai sindaci e che postula la valutazione di fattibilità prospettica della soluzione elaborata dagli amministratori per il superamento della crisi, in ciò dovendo i sindaci esaminare anche in via previsionale i possibili esiti del piano industriale e finanziario proposto, giungendo di fatto a un sindacato nel "merito" delle decisioni gestionali ²⁶¹.

Siamo quindi in presenza di principi di comportamento che sono certamente ispirati dall'esigenza di attribuire una maggiore ampiezza e incisività all'attività di controllo del Collegio Sindacale, specie in un'ottica *ex ante*²⁶², ancorchè - è bene ricordarlo -

²⁶⁰ Cfr. BONELLI, *La "governance" delle imprese in crisi: norme di comportamento e centralità del collegio sindacale*, in *Corriere Tributario*, 45/2011, 3798-3799. Sul punto, si veda anche ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 896 ss.. In giurisprudenza, Cass., 14 ottobre 2013, n. 23233, inedita

²⁶¹ Cfr. JORIO, *Controlli d'impresa e controlli interni*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 77-78; v. anche BONECHI, *Collegio sindacale e nuova disciplina della crisi d'impresa*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 515 ss.. Occorre tuttavia segnalare che gli stessi principi di comportamento sopra descritti precisano, nel commento alla norma 3.3., che "la vigilanza sul comportamento diligente degli amministratori non consiste - né potrebbe - in un controllo di merito sull'opportunità e la convenienza delle scelte di gestione degli amministratori, bensì riguarda l'approfondimento degli aspetti di legittimità delle scelte stesse e la verifica della correttezza del procedimento decisionale degli amministratori".

²⁶² Si veda in proposito quanto affermato da uno dei componenti della commissione che ha portato alla redazione dei principi di comportamento richiamati nel testo, e cioè ABRIANI, (nt. 17): "questi nuovi principi sembrano [...] rivelare, sul piano che è a loro proprio di carattere

non abbiano alcuna efficacia normativa e quindi non possano modificare o sovrapporsi alle competenze e ai poteri attribuiti per legge ai sindaci.

3.2. Segue

Ci si potrebbe però domandare se la disciplina del Collegio Sindacale debba essere ritenuta come sostanzialmente inderogabile ovvero se possa essere ipotizzata la concreta attribuzione ai sindaci di una funzione, come quella implicitamente suggerita dai principi di comportamento appena menzionati, che comporti un loro coinvolgimento effettivo e determinante nel processo decisionale e, in definitiva, nel “merito” delle scelte gestionali allo scopo di assicurare con maggiore efficacia il rispetto dei principi di corretta amministrazione: attribuzione che potrebbe derivare, ove non si ritenga di farlo per legge, quantomeno da una scelta statutaria che delinea il ruolo del Collegio Sindacale in modo differente rispetto a quello tradizionalmente concepito²⁶³.

In altre parole, si tratta di verificare quali possano essere i passi effettuabili verso i sistemi alternativi di governance nei quali l'organo di controllo può in qualche modo ingerirsi nella gestione; possibilità, questa, che nel precedente capitolo si è cercato di ammettere in ambito bancario (quantomeno limitatamente alla predisposizione degli assetti di controllo) dove il criterio della “sana e prudente gestione” lascia spazio a una deroga alla normativa ordinaria e dove le tradizionali caratteristiche del Collegio Sindacale tendono a sfumare a causa della disciplina di settore che, a sua volta, è condizionata dalle istanze internazionali emerse negli ultimi decenni in tema di controlli interni.

deontologico, la piena consapevolezza del ruolo del “nuovo” collegio sindacale e del passaggio, in punto di controllo dei rischi, da una visione prevalentemente atomistica del controllo, che affidava a funzioni specialistiche forme d'intervento re-attivo, a una concezione a più ampio spettro del governo dei rischi in termini anticipatori, diretta ad un'identificazione degli stessi prima della loro manifestazione e all'assunzione di scelte aziendali che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, piuttosto che soltanto a ridurre i rischi stessi: un sistema che trova il suo fondamento nella condivisione delle politiche di gestione dei rischi, definite dai vertici aziendali, tra tutti i responsabili, a tutti i livelli e in tutte le articolazioni organizzative”.

²⁶³ Sembrerebbe ammettere questa possibilità, senza tuttavia assumere una posizione assoluta sulla questione, RIGOTTI, (nt. 5), 553.

Per ammettere una simile possibilità anche nelle società “comuni”, si potrebbe partire dalla considerazione che, nelle s.r.l., l’art. 2477 c.c. prevede che, in caso di nomina (facoltativa) dell’organo di controllo, “l’atto costitutivo può determinar[ne] le competenze e i poteri.. pur nei limiti delle competenze inderogabili degli altri organi e dei soci”, con la conseguenza che sembrerebbe consentito ai soci adottare un sistema di governance per cui la funzione di controllo sulla gestione dell’attività sociale non sia svolta solo per finalità sanzionatorie: potrebbe quindi sostenersi che anche nelle società per azioni i soci potrebbero operare una scelta statutaria volta a derogare la disciplina legale e ad attribuire al Collegio Sindacale una funzione di sorveglianza *ex ante* ed *ex post* e non solo di legalità, ma anche di merito²⁶⁴ (o, per meglio dire, più profonda e più prossima alla valutazione preventiva di rischiosità degli atti di gestione che gli amministratori si accingano a porre in essere).

Come già ricordato, una tale espansione del ruolo sindacale non sarebbe neppure in contrasto con il disposto dell’art. 2380-bis c.c. che impone esclusivamente agli amministratori la responsabilità di gestire la società: e ciò perchè un coinvolgimento dei sindaci che sia limitato a specifiche e determinate materie (e, quindi, sia del tutto occasionale) e che preveda il rilascio di un parere negativo allorquando sia ravvisato un profilo di contrarietà di una determinata operazione all’interesse sociale e ai principi di corretta amministrazione, non comporta di per sè che quel soggetto diventi e possa essere qualificato come un co-gestore, anche solo di fatto.

Infatti, l’ordinamento già prevede delle specifiche ipotesi nelle quali anche nelle società “comuni” è attribuito ai sindaci il potere di esprimere dei pareri vincolanti ai fini dell’assunzione delle decisioni: ad esempio, in caso di operazioni con parti

²⁶⁴ Cfr. CARIELLO, (nt. 222), 149. Nel senso di ammettere la più ampia autonomia per i soci di decidere quali siano i poteri e i doveri dell’organo di controllo nelle s.r.l., anche BENAZZO, (nt. 13), 393-394.

correlate²⁶⁵ e, come previsto dal già menzionato articolo 2426 nn. 5 e 6 c.c., in merito all'iscrivibilità di alcuni costi in bilancio²⁶⁶.

Si osserva tuttavia che questi poteri di veto sono complementari e coerenti con la funzione del Collegio Sindacale di generale vigilanza sulla legalità e che in essa trovano il loro fondamento. In effetti, l'intervento dei sindaci con riferimento alle operazioni con parti correlate si traduce in definitiva in un controllo volto ad assicurare che non vi siano "vizi" nell'iter deliberativo a causa della natura della controparte: in altre parole, non si tratta di un vero e proprio controllo sul "merito" (nel senso estremo della valutazione soggettiva della opportunità o della semplice non evidente convenienza) della scelta gestionale in sé, ma di un controllo che è diretto a evitare interferenze che possano pregiudicare il perseguimento dell'interesse sociale.

Quanto invece alla competenza prevista dall'art. 2426 n. 5 e 6 c.c., si ricorda che la ratio di questa norma è quella di salvaguardare l'integrità del patrimonio sociale in quanto l'iscrizione di costi che non hanno la caratteristica di avere una utilità pluriennale è soltanto funzionale a ritardare l'emersione di eventuali maggiori perdite: in questo caso si è in presenza di un controllo che può risolversi in una valutazione di "merito", ma che è giustificato dall'esigenza di evitare che, già nella fase di redazione del progetto di bilancio, vi siano iniziative volte a descrivere la situazione patrimoniale e reddituale in modo decettivo rispetto alla realtà (in questo caso anche prospettica trattandosi di costi a utilità pluriennale) e quindi in modo

²⁶⁵ Più precisamente, nella disciplina relativa alle operazioni con parti correlate, si prevede che, in caso di impossibilità a pronunciarsi dell'apposito comitato di amministratori indipendenti, debba essere proprio il Collegio Sindacale a valutare se i termini e le condizioni dell'operazione siano contrari all'interesse sociale ed eventualmente a impedire l'assunzione di quella decisione: anche in questi casi siamo in presenza di una forma di ingerenza dei sindaci nel processo decisionale di pertinenza del *management*, ma non per questo si ritengono i sindaci co-gestori della società.

²⁶⁶ Si segnala, per dovere di completezza, che il collegio sindacale svolge un'attività consultiva, seppur non vincolante nei suoi esiti per gli amministratori, anche sulle seguenti materie: sulla nomina per cooptazione degli amministratori ex art. 2386 c.c. e, come previsto dall'art. 2389 c.c., sulla determinazione del compenso degli amministratori investiti di particolari cariche; in merito al conferimento e alla revoca dell'incarico di revisione legale dei conti ex art. 13 del D. Lgs. n. 39/2010; sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni in caso di aumento di capitale con esclusione o limitazione del diritto di opzione così come previsto dall'art. 2441, comma 6, c.c.; sulla congruità del valore delle azioni da liquidare al socio receduto ex art. 2437-ter c.c.; e infine, sulla relazione predisposta dagli amministratori per la perdita del capitale sociale di oltre un terzo ex artt. 2446 e 2482-bis c.c..

che si ponga in contrasto con l'interesse della società e dei suoi creditori, nonché di tutti coloro che si trovino nel bilancio di esercizio il primo strumento conoscitivo dell'attività aziendale.

Dunque, allo stato, il fatto che il consenso dei sindaci sia ritenuto necessario in alcune specifiche ipotesi in cui le decisioni paiano connotate da un potenziale conflitto di interesse con la società, induce a ritenere che, nel silenzio della legge, gli amministratori non siano spogliati della loro caratteristica autonomia decisionale; solo nei casi (quali quelli sopra menzionati) espressamente previsti dalla legge tale autonomia viene parzialmente limitata a presidio dell'interesse della società, chiedendo al Collegio Sindacale di verificare se l'iter elaborativo e deliberativo dell'atto di gestione sia corretto, a tal fine non certo assumendo un ruolo di cogestione, bensì rendendo più approfondito e pregnante l'esercizio della propria funzione di controllo.

Ciò detto, l'inammissibilità di un potere di autorizzazione a favore dei sindaci nelle società "comuni" deriva soprattutto da una sua incompatibilità di fondo con la nozione di "controllo" così come tradizionalmente inteso, posto che, anche nella Relazione al TUF - dove, onde rafforzare il controllo dei sindaci sulla gestione, sono stati per la prima volta aumentati i poteri di intervento *ex ante*²⁶⁷ - si è ribadita l'esigenza di rispettare "la tradizionale distinzione di ruoli tra organo gestorio e organo di controllo" e, per questo motivo, "è stata scartata la previsione di pareri preventivi dei sindaci" in merito alle decisioni degli amministratori ²⁶⁸.

²⁶⁷ Cfr. AMBROSINI, (nt. 146), 225 ss..

²⁶⁸ Cfr. VALENSISE, (nt. 13), 95. Infatti, nelle società quotate, così come stabilito dall'art. 153 comma 2 TUF, i sindaci possono solo formulare proposte all'assemblea sul bilancio e, in generale, sulle materie di propria competenza.

Al riguardo, si segnala che, come ricordato da CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 95, nt. 82, il disegno di legge n. 2516 proposto durante la XIII Legislatura mirava invece a introdurre un vero e proprio potere di veto preventivo su una serie di operazioni gestionali. In particolare, su: "[...]

- 1) le operazioni nelle quali uno o più amministratori hanno, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con la società;
- 2) le operazioni infragruppo;
- 3) progetti di investimento, l'acquisto, la cessione e la liquidazione di imprese, il ricorso al credito o la concessione di crediti, l'emissione di obbligazioni, l'accollo o la prestazione di garanzia, la stipulazione di contratti di fornitura, qualora il loro valore ecceda il patrimonio della società risultante dall'ultimo bilancio approvato".

Con il termine “controllo” ancora oggi si intende infatti un’attività che è separata e anzi distinta da quella che attiene alla fase decisionale di un determinato atto gestionale e che è diretta a valutare il singolo atto secondo un parametro dato; nulla a che vedere con l’ipotesi in cui i soggetti o gli organi sono coinvolti direttamente nella fase di decisione dell’atto gestionale in modo tanto determinante da bloccarlo o da modificarne i termini e le condizioni ²⁶⁹.

Ne consegue che, salve le ipotesi specificatamente previste di “controllo preventivo” da parte dei sindaci coerenti con la loro funzione di vigilanza sulla legalità e benchè, specie in ambito bancario, il concetto di controllo si sia emancipato da una definizione in termini di verifica meramente *ex post* ²⁷⁰, il Collegio Sindacale nelle società “comuni” non possa che svolgere il controllo nella sua accezione ordinaria.

Quanto sin qui esposto induce quindi a ritenere che solo nell’ambito delle s.r.l. (dove, non essendo imposta per legge la presenza del Collegio Sindacale, non si pongono profili di inderogabilità) siano concepibili clausole statutarie che, esercitando la facoltà di nomina dei sindaci, attribuiscono ai medesimi un controllo *ex ante* e “di merito”, simile a quello attribuito ai consiglieri di sorveglianza nel sistema dualistico (o a quello svolto dai componenti del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico); ma tali clausole non sono legittime nell’ambito delle società per azioni e neppure nel caso di obbligatoria esistenza del collegio sindacale nelle s.r.l.²⁷¹ (*rectius*, per effetto della Legge n. 183 del 12 novembre 2011, del sindaco unico) ²⁷², non essendo ammissibile il riconoscimento in tali strutture societarie di un potere di ingerenza determinante dei sindaci con riferimento a specifiche operazioni gestionali (dovendosi anche includere in esse la

²⁶⁹ Di questo avviso, BIANCHINI-DI NOIA, (nt. 124), 3; v. anche FERRI, (nt. 5), 13-14.

²⁷⁰ Cfr. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI-DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2010, 115 ss.; in senso conforme, MONTALENTI, (nt. 63), 51.

²⁷¹ In caso di obbligatoria esistenza del Collegio Sindacale, si applicano infatti ex art. 2477 comma 5 c.c. le norme dettate per i sindaci nelle società per azioni.

²⁷² Al riguardo, si segnala che la L. 35/2012 ha abrogato il terzo comma dell’art. 2397 c.c., (che era stato introdotto dalla L. 183/2011) che consentiva anche nelle società per azioni la nomina di un sindaco unico in presenza delle condizioni per la redazione del bilancio in forma abbreviata ex art. 2435-bis c.c.: ne consegue che oggi nelle s.p.a., a prescindere dalle loro dimensioni, è d’obbligo la nomina del Collegio Sindacale.

predisposizione degli assetti di controllo) che contrasta con i principi di fondo del sistema di governance voluto dal nostro Legislatore.

Nel nostro ordinamento, sembra doversi individuare un principio di tipicità dei sistemi di amministrazione e controllo che non consente all'autonomia statutaria di adottare clausole che siano incompatibili con i tipi legali sistemi prescelti, creando di fatto tanti sistemi atipici quanti ne possano generare le singole opzioni statutarie ²⁷³. Dovrebbe quindi ritenersi nulla una clausola statutaria che attribuisse ai sindaci un potere di veto preventivo da parte dei sindaci, sotto forma di autorizzazione, su singole operazioni di gestione (aventi anche a oggetto solamente la predisposizione dell'assetto organizzativo e dei controlli): una disciplina statutaria di tal genere, ancorchè in astratto forse auspicabile al fine di superare i limiti intrinseci dell'attività di controllo tradizionalmente svolta dai sindaci, potrebbe modificare radicalmente la figura del Collegio Sindacale e non potrebbe essere giustificata da un limite come quello della "sana e prudente gestione" che, in ambito bancario, potrebbe invece indurre a ritenere valide simili clausole ²⁷⁴.

Infatti, i poteri attribuibili nelle banche al Collegio Sindacale, che siano funzionali a renderlo un organo in grado di incidere su una gestione che si presenti non sana e non prudente, sono diversi da quelli attribuibili ai sindaci di società comuni dove la – dubbia – efficacia del controllo sindacale, svolto prevalentemente ex post, è riconducibile all'intento di evitare quella stasi gestionale che si potrebbe creare

²⁷³ Cfr. CARIELLO, (nt. 222), 122 ss.. Come sottolineato dall'Autore a p. 122, "una conferma di questa interpretazione si può trarre pure dall'art. 223-septies comma 1 disp. att. trans. c.c. là dove dispone l'applicazione diretta per rinvio di disposizioni dettate per gli organi di amministrazione e controllo del sistema tradizionale agli organi (e ai loro componenti) dei soli sistemi dualistico e monistico".

²⁷⁴ Del resto, come osservato da LEMME, (nt. 164), 139, nota 66, alcune disposizioni che caratterizzano la normativa bancaria possono essere giustificate soltanto dal dogma della "sana e prudente gestione" e dall'esigenza di raggiungere gli scopi di vigilanza: basti pensare, per esempio, all'art. 56 TUB che impone il sindacato della Banca d'Italia sulle modificazioni statutarie; oppure all'art. 57 TUB che richiede l'autorizzazione della Banca d'Italia per le fusioni e le scissioni delle banche; come, infine, alle norme che, in tema proprio di assetti organizzativi e di controllo, impongono di adottare idonee cautele - statutarie, regolamentari e organizzative - volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia e l'efficienza dei controlli derivanti dall'adozione di uno dei sistemi alternativi di governance e che modificano, in modo anche sostanziale, i tratti caratteristici previsti nell'ambito della disciplina ordinaria. Disposizioni, queste, che sono giustificate appunto dal fatto che la società bancaria ha una sovranità limitata, in quanto è sottoposta a rigorosi limiti normativi con riguardo all'assunzione del rischio d'impresa e a controlli che incidono in maniera pregnante sulla libertà gestionale.

laddove fosse riconosciuto ai sindaci il potere di bloccare una decisione, anche solo attinente agli aspetti organizzativi, da parte degli amministratori.

Stasi gestionale che se può essere in qualche modo tollerata in ambito bancario dove la redditività della gestione deve comunque rispettare il requisito della sana e prudente gestione e dove il raccordo ex art. 52 TUB con Banca d'Italia può dirimere gli eventuali conflitti, può essere certamente meno comprensibile in un contesto in cui non si pongono sullo sfondo interessi pubblici e dove, a fronte del rischio di pregiudicare l'operatività della società e del *management*, è più opportuno riconoscere un ruolo più limitato nel prevenire decisioni potenzialmente dannose per la società.

3.3. Gli interessi sottesi allo svolgimento del controllo affidato al Collegio Sindacale

La constatazione che la mancanza di una espressa previsione legislativa, che garantisca una qualche forma di veto preventivo ai sindaci, impedisce loro di garantire un controllo efficace non è sufficiente per non approfondire la tematica del ruolo del Collegio Sindacale: una ulteriore indagine su quali sono - o dovrebbero essere - i veri interessi sottesi allo svolgimento dell'attività di controllo dei sindaci dovrebbe consentire di comprendere se i sindaci - nelle banche, ma anche nelle società comuni - devono esercitare in maniera più incisiva i poteri a loro attribuiti dalla legge e così assolvere anche a una funzione di sorveglianza *ex ante* nei confronti del *management*. Infatti, gli interessi sottesi all'attività dei sindaci pongono in luce i criteri che devono ispirare il loro controllo, e dunque consentono di determinare le modalità con cui il Collegio Sindacale deve esercitare i poteri che attualmente gli sono attribuiti ²⁷⁵.

L'indagine sugli interessi sottesi al controllo del Collegio Sindacale deve partire dalla considerazione che quest'organo di controllo, prima di essere imposto per legge, si era diffuso nella pratica per una scelta volontaria dei soci e ha mantenuto

²⁷⁵ Dello stesso avviso, D'ANGELO, (nt. 62), 5.

sino a oggi, tra i suoi principali compiti, quello di informare i soci delle irregolarità gestionali emerse a seguito della loro attività di controllo ²⁷⁶: da ciò sembra potersi evincere che i sindaci, in quanto nominati dall'assemblea, devono tutelare gli interessi di tutti gli azionisti, e ciò appunto perchè ai soci, specie di società maggiormente articolate, è precluso il controllo individuale sull'operato degli amministratori, sicchè solo i sindaci vi possono provvedere in loro sostituzione e quali loro "fiduciari"²⁷⁷.

3.4. L'interesse della minoranza

Occorre tuttavia interrogarsi se, nell'assolvere il compito di fiduciario degli azionisti, il Collegio Sindacale debba farsi carico di offrire una maggiore attenzione alla tutela della minoranza, come sembra potersi dedurre dal fatto che, nelle società quotate, la minoranza ha il diritto di nominare un sindaco e, come stabilito dall'art. 148 TUF, il presidente del Collegio Sindacale deve essere scelto tra i sindaci eletti dalla minoranza ²⁷⁸.

²⁷⁶ Cfr. RIGOTTI, sub art. 2399, in GHEZZI (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, 55, nota 18.

²⁷⁷ Così, CAVALLI, (nt. 8), 86 ss.; dello stesso avviso, SCIALOJA, citato in *Casi e Materiali di diritto societario. Società di capitali*, Milano, 1974, 834 ss., il quale però riteneva che il controllo del collegio sindacale fosse funzionale a tutelare principalmente gli interessi dei soci di maggioranza. L'idea per cui il collegio sindacale, essendo nominato all'interno della società, dovrebbe tutelare per questo motivo solo degli interessi "endosocietari" non è corretta. Infatti, come segnalato da D'ANGELO, (nt. 62), 6, "possono ben esserci dei controlli che, pur se rimessi ad organi interni, sembrano preordinati, almeno principalmente, alla cura di interessi diversi da quello della società, così come si danno casi di controlli che, benché affidati a soggetti esterni alla società, hanno il principale fine di tutelare un interesse proprio di quest'ultima". A conferma di quest'ultima affermazione, l'Autore ricorda la possibilità prevista in ambito bancario di esternalizzare le funzioni di controllo interno, attribuendole a un soggetto esterno che ne assume le veci svolgendo i medesimi compiti di controllo.

²⁷⁸ In relazione al potere di nomina previsto dall'art. 148 TUF, si osserva che sembrerebbe possibile attribuire alla minoranza il diritto di nominare anche più di un sindaco. Più discutibile è, come osservato da AMBROSINI, *Nomina del collegio sindacale nelle società quotate: il c.d. sindaco di minoranza*, in *Riv. soc.*, 1999, 1120-1123, la legittimità di una clausola che riservi alla minoranza la designazione di un numero di sindaci maggiore di quelli espressi dalla maggioranza o addirittura il potere di nominare tutti i membri del collegio; e ciò perchè potrebbe violare il principio maggioritario che "anche nell'ambito della nomina alle cariche sociali, è suscettibile di temperamenti ma non mai di veri e propri sovvertimenti".

Allo scopo di ricostruire un simile legame, si potrebbe anzitutto osservare che, nelle società a responsabilità limitata, le quali, come noto, possono essere prive del Collegio Sindacale, si riconoscono al singolo socio (sia esso di maggioranza o di minoranza) dei poteri di ispezione che sono assai penetranti ²⁷⁹, che potrebbero giustificarsi proprio dall'esigenza di compensare la mancanza del Collegio Sindacale e che, potendo far presupporre un'astratta fungibilità fra il controllo rimesso ai sindaci e quello rimesso al singolo socio, potrebbero appunto indurre a individuare nelle società per azioni un obbligo per il Collegio Sindacale di tenere in considerazione prima di tutto gli interessi dei singoli soci, in primis quelli di minoranza ²⁸⁰.

In quest'ottica, anche l'art. 2408 c.c. crea un esplicito raccordo tra il Collegio Sindacale e minoranza posto che prevede una attività di indagine dei sindaci sui fatti censurabili denunciati dal singolo socio e, nel caso tale denuncia provenga da una minoranza qualificata, impone ai sindaci di convocare senza ritardo l'assemblea, in deroga ai quorum di cui all'art. 2367 c.c. che richiede percentuali particolarmente qualificate ²⁸¹; come pure è significativo osservare che in caso di mutamento dell'assetto azionario, la nuova (eventuale) maggioranza non ha il potere di revocare i sindaci eletti in precedenza, ma deve comunque aspettare il compimento del triennio per rinnovare l'organo di controllo ²⁸²: laddove infatti il Collegio Sindacale fosse chiamato a tutelare esclusivamente l'interesse dei soci che l'hanno nominato (e cioè, i soci che abbiano espresso la maggioranza dei consensi), una tal limitazione non avrebbe alcun senso in quanto sarebbe piuttosto giustificata

²⁷⁹ Nell'ambito delle società a responsabilità limitata, il socio può infatti richiedere informazioni agli amministratori e consultare i libri sociali e tutta la documentazione relativa alla gestione. Inoltre, come stabilito dal terzo comma dell'art. 2476 c.c., il singolo socio può promuovere l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, richiedendo anche un provvedimento cautelare di revoca degli stessi. Sui diritti del singolo socio nella s.r.l., si rinvia a: GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007, 61 ss.; v. anche BENAZZO, *I controlli interni nella s.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 23 ss..

²⁸⁰ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 24-25.

²⁸¹ Sul raccordo tra soci e collegio sindacale previsto dall'art. 2408 c.c., si rinvia, per tutti, ad ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 7 ss..

²⁸² Cfr. RIGOTTI, (nt. 276), 60. Sul punto, si segnala quanto recentemente stabilito da Trib. Palermo, 13 febbraio 2013, in *Le Società*, 2013, 597 ss., che ha escluso la legittimità di una decadenza automatica dei componenti del collegio sindacale al mutamento della compagine azionaria.

la possibilità di sostituzione proprio allorché si modificano gli assetti di controllo nella compagine proprietaria della società²⁸³.

Si è osservato, tuttavia, che una analisi più approfondita non consente di confermare l'esistenza di un legame fiduciario tra Collegio Sindacale e minoranza.

Anzitutto, perché la tesi del raccordo tra i poteri dei singoli soci nelle s.r.l e il ruolo dei sindaci a tutela della minoranza è facilmente smentita dal fatto che, nell'ipotesi di nomina - facoltativa od obbligatoria ex art. 2477 c.c.²⁸⁴ - del Collegio Sindacale, i poteri individuali dei soci non sono affatto limitati in ragione dell'esistenza dell'organo di controllo²⁸⁵.

²⁸³ Del resto, non è un caso che, nell'ambito del sistema dualistico, diversamente da quanto avviene nel modello di governance tradizionale, i componenti del consiglio di sorveglianza sono revocabili ad nutum dall'assemblea, il che lascia l'organo di controllo esposto alla volontà del gruppo di comando: come osservato da CALANDRA BUONAURA, (nt. 3), 550-551, tale scelta legislativa si riconduce all'esigenza di permettere un ricambio del consiglio di sorveglianza volto alla nomina dei nuovi componenti del consiglio di gestione in caso di mutamento degli assetti proprietari.

Si segnala che, come precisato nel commento ai principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, il termine di durata della carica di sindaco non è infatti derogabile, essendo "posto a tutela di valori di assoluta preminenza nel nostro sistema societario quali, per un verso, l'autonomia e l'indipendenza dell'organo di controllo rispetto agli amministratori e alla maggioranza dei soci, per altro verso, l'esigenza di continuità nell'esercizio delle sue funzioni". Quest'ultima esigenza è soddisfatta anche dall'istituto della c.d. prorogatio che impone ai sindaci di rimanere in carica fino alla loro sostituzione, nonostante sia scaduto il termine dell'incarico: sul tema, si rinvia per tutti a DIVIZIA, *Il principio di continuità di funzionamento degli organi nelle società di capitali*, Milano, 2011, 105 ss..

²⁸⁴ L'art. 2477 prevede al secondo comma che "la nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se il capitale sociale non è inferiore a quello minimo stabilito per le società per azioni" e, al terzo comma, che "... è altresì obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) per due esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis c.c."

²⁸⁵ Bisogna poi osservare che il controllo devoluto ai soci nelle s.r.l. non è in grado di sostituire pienamente il controllo che dovrebbe essere assicurato al collegio sindacale: infatti, come osservato da BENAZZO, (nt. 13), 388, "a un controllo di tipo organico [...] delegato ad uffici appositi e declinato perciò sul piano del "dovere" (che costituisce il sistema tipico della s.p.a.: art. 2380 c.c.), si contrappone un controllo di tipo personale. Correlato cioè alla qualità di socio, affidato all'iniziativa autonoma del singolo e perciò declinato, a differenza di quello precedente, sul piano del "potere" (sistema tipico delle società di persone e, oggi, pure della s.r.l.: artt. 2261 e 2476 c.c.). [...] Ciò che comunque emerge [...] è che i due modelli non sono [...] necessariamente "alternativi"; così come non sono neppure necessariamente (e disgiuntamente) "correlati" al codice organizzativo societario. E' infatti lo stesso art. 2477 c.c. ad affermare che il controllo organico e quello personale possono coesistere - per espressa opzione statutaria - all'interno del medesimo tipo (s.r.l.) societario". In tal senso, si veda anche, *ex multis*, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da SCHLESINGER e continuato da BUSNELLI, Milano, 2010, 1106 e 1142 ss.; BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in ABBADESSA-

Oltretutto, nell'ipotesi di nomina facoltativa dell'organo di controllo, l'art. 2477 comma 1 c.c. concede ai soci, in sede di definizione dello statuto, la possibilità di nominare il Collegio Sindacale o un revisore esterno, e quindi, in coerenza con la tesi sopra prospettata, si dovrebbe arrivare a riconoscere anche a quest'ultimo il compito di tutela del singolo socio che si pretenderebbe attribuire ai sindaci: ma è questa una ipotesi che certamente non è percorribile perchè, pur essendo rimessa ai soci la determinazione statutaria dei contenuti del controllo e dei poteri attribuiti all'organo nominato, i revisori hanno poteri, competenze e compiti molto diversi da quelli dei sindaci e il loro ambito di intervento è limitato al controllo contabile, non potendosi estendere al controllo sulla gestione che può essere affidato, nelle società a responsabilità limitata, solo agli stessi soci o al Collegio Sindacale.

Per quanto invece riguarda la possibilità della minoranza di attivare i sindaci con la denuncia ex art. 2408 c.c., non vi è dubbio che i sindaci siano certamente adatti a raccogliere le iniziative della minoranza che non ha l'aspettativa di ottenere una adeguata risposta dall'organo amministrativo; ma spesso certi azionisti di minoranza non sono affatto vittime bisognose di tutela di fronte a soprusi degli amministratori e anzi perseguono un loro esclusivo interesse, in conflitto con quello sociale e magari degli altri soci di minoranza, con la conseguenza che i sindaci non possono essere obbligati a farsi paladini della minoranza sol perchè pervenga loro una denuncia ex art. 2408 c.c., ma devono con obiettività e correttezza essere pronti a prendere posizione anche contro pretese non coerenti con una corretta salvaguardia dell'interesse sociale ²⁸⁶.

PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 3, Torino, 2007, 590.

²⁸⁶ Cfr. MORO VISCONTI, (nt. 95), 123-124; v. anche SACCHI, (nt. 195), 693; dello stesso avviso, CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 194-195.

Del resto, non è un caso che il giudice deve procedere all'audizione dei sindaci nei procedimenti aventi a oggetto la convocazione dell'assemblea su richiesta dei soci ex art. 2367 c.c., la sospensione dell'esecuzione della delibera assembleare impugnata ex art. 2378, comma 4, c.c. e, infine, l'ispezione dell'amministrazione della società ex art. 2409 c.c.; e ciò a garanzia che queste iniziative non siano state promosse da una minoranza qualificata senza fondato motivo.

In quest'ottica si può dire che il Collegio Sindacale debba prefiggersi come obiettivo anche la tutela dell'interesse della società nei confronti di condotte emulative da parte della minoranza volte a ostacolare la sua corretta ed efficiente gestione. In merito ai possibili "abusi" da parte della minoranza, si rinvia a PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze. "Abusi" e rimedi*, Torino, 2004; NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003; v. anche CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000, 142-146.

Alla luce di queste osservazioni, non sembra quindi condivisibile l'opinione secondo cui il Collegio Sindacale si debba porre quale principale obiettivo la tutela degli interessi della minoranza, e ciò anche per quel sindaco che sia stato nominato dalle minoranze, la cui provenienza elettiva non lo rende portatore di interessi diversi da quelli considerati dagli altri sindaci.

Sembra infatti difficile accettare l'idea che il sindaco nominato dalla minoranza debba per ciò stesso orientare la propria attività di controllo alla tutela dei soci di minoranza, magari contrapponendosi agli altri sindaci in nome di un dovere di tutela di un interesse (eventualmente egoistico) della minoranza: del resto, la riforma delle società quotate non ha garantito al singolo sindaco (e, quindi, a quello nominato dalla minoranza) poteri e doveri diversi da quelli degli altri componenti del Collegio²⁸⁷, e anzi ha previsto con l'art. 151 TUF che alcuni dei più stringenti poteri riservati ai sindaci (fra cui quello di convocazione dell'assemblea del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo così come il potere di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori negligenti) siano esercitabili da "almeno due membri del collegio sindacale", e non certo dal solo sindaco di minoranza, come sarebbe dovuto essere laddove l'interesse da tutelare fosse quello della minoranza²⁸⁸.

Si potrebbe poi rilevare che, per quanto nelle società "aperte" sia più avvertita l'esigenza di tutelare le minoranze posto che non vi è tendenzialmente un rapporto diretto tra il *management* e tutti i soci, anche nelle società "chiuse", perlomeno in quelle più articolate, potrebbe porsi un problema di tutela delle minoranze: sicché,

²⁸⁷ Del resto, un rapporto così intenso tra sindaco e minoranza sarebbe non facilmente attuabile nella pratica, perchè è impossibile "distinguere una tantum la maggioranza dalla minoranza, essendo il rapporto tra esse, per definizione, variabile nel tempo ed essendovi spesso nella stessa società più gruppi di minoranza, portatori, ciascuno, di interessi non necessariamente coincidenti": così AMBROSINI, (nt. 278), 1119. Infatti, continua l'Autore, "in passato si tendeva a incentrare la figura del socio di minoranza sul carattere del mero risparmiatore, in base al presupposto che il suo interesse alla redditività dell'investimento coincideva in linea di massima con il disinteresse per le vicende della società. Oggi invece parlare di minoranza per riferirsi ai c.d. azionisti risparmiatori non ha molto senso. E' andata quindi rafforzandosi la convinzione che il concetto di minoranza sia, per sua stessa natura, fortemente indeterminato e che comprenda molteplici figure".

²⁸⁸ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 26, nota 14. Secondo l'Autore, difficilmente, quindi, una società "si doterà di un collegio sindacale di più di tre membri giacché in questo caso, dovendone riservare due alla minoranza, finirebbe con il consentire l'esercizio di questi poteri anche ai soli sindaci da questa espressi".

sotto questo aspetto, non sarebbe possibile comprendere perchè attualmente non vi sia la possibilità anche in tali società di indicare un sindaco di minoranza che debba per ciò solo orientare la sua attività di controllo alla tutela di interessi diversi da quelli della società (o, più precisamente, dei soci di riferimento della stessa).

In realtà, la mancata introduzione nelle società “chiuse” del sindaco eletto dalla minoranza non è dovuta al fatto che, in quelle, sia meno avvertita l’esigenza di tutelare le minoranze – al contrario, soprattutto per la maggiore difficoltà di alienare le partecipazioni, nelle società “chiuse” tale esigenza potrebbe essere addirittura maggiore – bensì nel diverso contesto e nel diverso modo in cui l’obiettivo della tutela delle minoranze trova espressione nelle società “chiuse”: mentre infatti nelle società “aperte” le stesse regole di funzionamento del mercato rappresentano, per definizione, un ostacolo per trattative e accordi di governance preventivi - sicché le minoranze non hanno alcun potere di autotutela, ma la stessa deve essere attuata ex lege - nell’ambito delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, invece, la medesima tutela può essere ottenuta in ambito negoziale ed è affidata alle autonome scelte dei soci ²⁸⁹.

L’elezione del sindaco di minoranza produce un effetto positivo di carattere generale che è “solamente” quello di rafforzare l’autonomia e l’indipendenza dell’intero collegio²⁹⁰ e al più di tutelare l’interesse della minoranza all’informazione sulla condotta del *management*²⁹¹, ma non può indurre a ritenere che, al realizzarsi di un danno per la minoranza, si possa, per ciò solo, addebitare una diretta responsabilità al sindaco dalla stessa nominato²⁹². Quindi, si deve definitivamente

²⁸⁹ Così CASELLI, (nt. 111), 258; in senso conforme, CHIAPPETTA, (nt. 20), 153-156.

²⁹⁰ Di questo avviso, già prima della riforma del 1998 che ha introdotto il sindaco di minoranza, MONTALENTI, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 723. Si veda anche AMBROSINI, (nt. 278), 1120, secondo il quale: “l’obiettivo perseguito risulta essere l’indipendenza e l’imparzialità dell’organo di controllo; quella dei minoritari è una difesa in via mediata, dal momento che è proprio attraverso una maggiore indipendenza dei sindaci che si attenua il cordone ombelicale tra controllori e controllati, realizzando così anche l’interesse di chi, in quanto minoranza, non siede nella stanza dei bottoni”.

²⁹¹ Secondo GALGANO, *Il collegio sindacale. Il controllo giudiziario*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol III, tomo 2, Padova, 1994, 270, l’esigenza di una maggiore informativa a tutela della minoranza deriva dal fatto che “il capitale di comando possiede per naturale disposizione la capacità di valutare, anche sotto l’aspetto tecnico-contabile, l’operato degli amministratori”.

²⁹² Così D’ANGELO, (nt. 62), 27, nota 15. In questa direzione, si pone anche il Codice di Autodisciplina per le società quotate che, al principio 8.p.1, si esprime come segue: “i sindaci agiscono con autonomia ed indipendenza anche nei confronti degli azionisti che li hanno eletti”.

escludere che ai sindaci spetti il solo compito di tutelare la minoranza: anche perché se è vero che quest'ultima ha di regola una posizione meno tutelata, non potendo nominare né revocare gli amministratori se non attraverso meccanismi statutari o parasociali che presuppongono un "peso negoziale" non sempre disponibile, è altrettanto vero che pure i soci di riferimento hanno interesse a che vi sia un controllo efficiente sulla correttezza dell'operato degli amministratori che hanno eletto e che, per contro, un tale interesse potrebbe non sussistere solo nel caso in cui la maggioranza delle partecipazioni e il potere gestionale siano concentrati nelle mani di un unico soggetto. Ma, a ben vedere, anche in tale estrema ipotesi, il ruolo sindacale, pur attento alla tutela degli interessi della minoranza, potrebbe comunque – anzi dovrebbe – risolversi in uno strumento utile, per quello stesso socio/amministratore di maggioranza, al mantenimento di una gestione corretta e quanto più possibile scevra da rischi superficialmente accettati o non percepiti ²⁹³.

3.5. Il Collegio Sindacale come presidio agli abusi della maggioranza

Si potrebbe sostenere che, piuttosto di perseguire uno specifico interesse della minoranza, il Collegio Sindacale dovrebbe quantomeno prefiggersi l'obiettivo di evitare "abusi" di potere da parte della maggioranza, anche laddove tali abusi non si possano concretizzare in un ingiusto danno per la società. E ciò dal momento che il combinato disposto degli artt. 2407 e 2395 c.c., rendendo responsabili sindaci e amministratori per condotte, anche omissive, che provochino un danno "diretto" a soci e terzi, già impone all'organo di controllo di vigilare sulla gestione della società per prevenire abusi a danno di taluni soci.

Occorre tuttavia segnalare che i possibili abusi di azionisti a danno di altri si verificano non solo attraverso delibere che abbiano contenuto gestorio in senso stretto, ma anche per effetto di delibere assembleari che semplicemente incidano direttamente sulla posizione individuale del socio: come, per esempio, le delibere di destinazione degli utili, di aumento del capitale con esclusione del diritto di

²⁹³ Cfr. RIGOTTI, (nt. 276), 58, nota 28.

opzione, di riduzione e successivo aumento del capitale sociale, di scioglimento o di fusione ²⁹⁴.

Si potrebbe quindi obiettare che, come stabilito dall'art. 2403 primo comma c.c., il Collegio Sindacale debba sorvegliare solo l'amministrazione della società e che pertanto la sua attività di controllo non potrebbe avere come oggetto quanto deliberato da organi diversi da quelli amministrativi; ma si tratta di argomentazione non corretta perché una simile limitazione all'intervento sindacale non si pone di fronte ad atti viziati da un abuso di potere che sono in contrasto con i principi di legalità e di corretta gestione della società nel suo complesso ²⁹⁵ e che, come tali, sono oggetto specificamente del controllo dei sindaci, visto anche il disposto dell'art. 2377 c.c. che legittima il Collegio Sindacale a impugnare le delibere assembleari prese in contrasto con la legge o lo statuto (anche laddove in ipotesi la deliberazione sia assunta all'unanimità in una assemblea totalitaria²⁹⁶), dell'art. 2405 c.c. che impone l'obbligo di assistere alle assemblee dei soci e, infine, del terzo comma dell'art. 2366 c.c. che richiede l'intervento dei componenti effettivi del Collegio Sindacale affinché sia validamente costituita l'assemblea in mancanza di convocazione (ovverosia la c.d. assemblea totalitaria) ²⁹⁷.

Un ulteriore argomento volto a confermare che il controllo del Collegio Sindacale non è solo sulla gestione, ma anche sulla complessiva attività sociale - e quindi potenzialmente anche sulle delibere assembleari con cui si stia realizzando un abuso

²⁹⁴ Così D'ANGELO, (nt. 62), 27.

²⁹⁵ Cfr. D'ANGELO, (nt. 62), 27. In questo senso, già CAVALLI, (nt. 8), 92 ss.; DOMENICHINI, (nt. 158), 561; in senso conforme, TOMBARI, (nt. 10), nt. 12.

²⁹⁶ Di questo avviso, già OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 233; in senso conforme, COCITO, (nt. 108), 102. V. anche LENER, *sub art. 2377*, in NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 552; TRIMARCHI, *Invaldità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958, 242-243, il quale però ritiene doverosa una valutazione da parte degli organi sociali sui costi e i benefici derivanti dal giudizio di impugnazione della delibera, rispetto ai danni derivanti alla società dall'esecuzione della delibera stessa. *Contra*, SACCHI-VICARI, *Invaldità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, Bologna, 2012, 658-659; di questo avviso, seppur con riferimento al potere di impugnativa degli amministratori, MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 220. In giurisprudenza, in senso negativo rispetto alla possibilità di impugnare una delibera assunta con il voto favorevole di tutti i soci, Corte d'Appello Milano, 3 novembre 1987, pubblicata in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 815 ss..

²⁹⁷ Cfr. CAVALLI, (nt. 151), 361, nt. 13; v. anche COCITO, (nt. 108), 107-110.

a danno della minoranza - si può poi trarre dal fatto che al Collegio Sindacale è richiesta anche una attività consultiva come nel caso della cooptazione di amministratori, della remunerazione degli stessi, del parere sulla congruità del prezzo di emissione in caso di aumento del capitale sociale, e, infine, del parere sul valore di liquidazione delle azioni in caso di recesso del socio ²⁹⁸: siamo di fronte a poteri di intervento sindacale che sono giustificati proprio in virtù dell'esigenza di evitare abusi non solo a danno della società (come nel caso di cooptazione di un soggetto non competente o nel caso di una remunerazione eccessivamente alta), ma anche a danno dei soci di minoranza (come nel caso del parere in merito al prezzo di emissione delle azioni a seguito di esclusione o limitazione del diritto di opzione e al valore di liquidazione delle azioni in caso di recesso).

Ne discende che il Collegio Sindacale deve assicurare una vigilanza, attenta e approfondita, non solo sull'operato degli amministratori, ma anche sul deliberato della maggioranza, dovendosi porre come obiettivo non certo il diretto perseguimento degli interessi della minoranza, ma quantomeno la loro tutela da ingiusti pregiudizi.

3.6. Il Collegio Sindacale e gli interessi dei creditori. Il controllo *ex ante* sull'effettività del capitale sociale

La tesi secondo cui i sindaci devono occuparsi di tutelare l'interesse sociale e di evitare abusi da parte della maggioranza non è sufficiente a esaurire l'argomento posto che non meno rilevante è la tutela che deve essere riservata agli interessi dei

²⁹⁸ In ipotesi di recesso del socio, il collegio sindacale verifica, in particolare, l'osservanza dei criteri di determinazione del valore delle azioni stabiliti dall'art. 2437-ter, comma 2, c.c., ai sensi del quale il valore di liquidazione delle azioni viene determinato "tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni". Nell'ambito delle società quotate, come previsto dal comma 3 del medesimo articolo, il valore è invece determinato "facendo esclusivo riferimento alla media aritmetica dei prezzi di chiusura nei sei mesi che precedono la pubblicazione ovvero ricezione dell'avviso di convocazione dell'assemblea le cui deliberazioni legittimano il recesso". Si ricorda inoltre che lo statuto può stabilire criteri diversi, "indicando gli elementi dell'attivo e del passivo del bilancio che possono essere rettificati rispetto ai valori risultanti dal bilancio, unitamente ai criteri di rettifica, nonché altri elementi suscettibili di valutazione patrimoniale da tenere in considerazione".

creditori, volontari o involontari, della società; obiettivo, questo, che costituisce un dovere dei sindaci nei cui confronti, in caso di violazione, la legge prevede la possibilità dell'esercizio dell'azione per responsabilità solidale con gli amministratori ex art. 2407 c.c., dell'azione risarcitoria ex art. 2394 c.c. e di quella per danno diretto ex art. 2395 c.c..

Si tratta del resto di una conclusione quasi scontata posto che gli interessi sottoposti al controllo del Collegio Sindacale sono inevitabilmente gli stessi che sono considerati dalle norme di legge la cui corretta applicazione deve essere assicurata dall'organo di controllo: tra tali interessi, emerge certamente quello di assicurare una tutela *ex ante* alle aspettative dei creditori, come avviene attraverso le norme funzionali a preservare, anche nell'interesse dei creditori sociali, l'effettività e l'integrità del capitale sociale ²⁹⁹ e che appunto impongono ai sindaci specifici obblighi di vigilanza e competenze in tema di aumento ³⁰⁰ e di riduzione del capitale ³⁰¹; oppure in tema di acquisto di azioni proprie la cui disciplina - imponendo la

²⁹⁹ Cfr. MORO VISCONTI, (nt. 95), 125.

³⁰⁰ Precisamente, come stabilito dall'art. 2438 c.c., il collegio sindacale accerta che le azioni in precedenza emesse siano state interamente liberate e, in caso di aumento di capitale a titolo gratuito, verifica che le riserve e i fondi della società da imputare ad aumento di capitale sociale siano disponibili.

In caso di aumento di capitale sociale con conferimenti in denaro, il collegio deve inoltre vigilare sul rispetto della legge in ordine al versamento da parte dei sottoscrittori di almeno il 25 per cento, o del maggior importo previsto dalla delibera di aumento, del valore nominale del capitale sottoscritto e, se previsto, dell'intero soprapprezzo ex artt. 2439 e 2481-bis c.c.; mentre, qualora l'aumento di capitale venga effettuato tramite conferimento di beni in natura e di crediti, i sindaci verificano che sia stata predisposta ed esaminata la relazione di stima prevista dall'art. 2343 c.c., semprechè non sussistano le condizioni ex art. 2343-ter c.c. che esonerano dalla presentazione di tale relazione.

Quanto invece all'ipotesi di un aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione, il collegio sindacale verifica che le delibere rispettino la previsione dell'art. 2441 c.c. ed emette nei termini la relazione sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni.

³⁰¹ In particolare, con riferimento alla riduzione del capitale volontaria, il collegio deve verificare con particolare attenzione che nella convocazione dell'assemblea e nel corso della medesima l'organo amministrativo provveda a indicare specificatamente lo scopo della riduzione e la relativa modalità di attuazione, dovendo vigilare anche sul rispetto dei limiti previsti per l'ammontare minimo del capitale sociale ex art. 2327 c.c., per l'emissione di obbligazioni ex art. 2413, comma 1, c.c. e per l'acquisto di azioni proprie ex art. 2357 c.c..

Come ricordato dal principio 10.2 delle norme di comportamento redatte dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, in caso di durevole diminuzione del capitale sociale di oltre un terzo in conseguenza di perdite, il collegio sindacale verifica che l'organo amministrativo provveda alla convocazione tempestiva dell'assemblea e alla presentazione a quest'ultima di una relazione sulla situazione patrimoniale della società. Su tale relazione il collegio sindacale formula le proprie osservazioni che devono essere depositate otto giorni prima

copertura in utili distribuibili e riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato – è certamente diretta alla tutela dell'integrità del capitale sociale e impone ai sindaci specifici interventi che eliminino l'effetto pregiudizievole, quale la riduzione del capitale ex art. 2357 quarto comma c.c.³⁰².

In questo caso l'attività di controllo del Collegio Sindacale è condotta anche nell'interesse dei creditori sociali, avvalendosi appunto di poteri coercitivi che prescindono dall'eventuale inerzia dell'Assemblea e che costituiscono un rimedio *ex ante* a tutela degli interessi dei creditori i quali di norma possono di fatto cautelarsi

della data in cui si riunisce l'assemblea. In quest'occasione, il Collegio Sindacale deve valutare le ragioni che hanno determinato le perdite, e se le stesse sono state correttamente individuate e illustrate dall'organo amministrativo; esaminare i criteri di valutazione adottati, tenendo conto delle prospettive di continuità aziendale; e dare atto dei fatti di rilievo avvenuti successivamente alla redazione della relazione e dell'evoluzione della gestione sociale. Nel caso in cui l'assemblea si avvalga della facoltà di rinviare l'adozione di opportuni provvedimenti, il collegio in sede di approvazione di bilancio del successivo esercizio deve poi verificare che l'assemblea riduca il capitale sociale in proporzione alle perdite accertate, se la perdita non risulta ridotta a meno di un terzo, e, in caso di inerzia dell'assemblea, deve chiedere al tribunale l'emissione del provvedimento di riduzione del capitale sociale.

In caso invece di perdite di oltre un terzo del capitale che lo riducono al di sotto del minimo legale, il collegio sindacale deve verificare che l'organo amministrativo convochi l'assemblea affinché deliberi la riduzione del capitale sociale e il contemporaneo aumento del capitale a un ammontare non inferiore al minimo oppure, in alternativa, decida per la trasformazione o lo scioglimento della società: laddove l'assemblea non adottasse questi provvedimenti, i sindaci devono presentare al tribunale istanza per l'accertamento della causa di scioglimento della società.

³⁰² Infatti, i sindaci devono convocare l'assemblea qualora nell'anno "di grazia" concesso dall'art. 2357 quarto comma c.c. non siano state trasferite le azioni illegittimamente acquistate. In caso di mancato annullamento da parte dell'assemblea, i sindaci hanno l'obbligo, penalmente sanzionato ex art. 2630 secondo comma n. 4 c.c., di ricorrere al Tribunale allo scopo di ridurre il capitale sociale mediante l'annullamento delle azioni proprie acquistate *contra legem*.

La stessa ratio, ovverosia la tutela del capitale sociale a garanzia delle pretese dei creditori, deve individuarsi anche nella disciplina dettata in tema di acquisto da parte della società controllata di azioni o quote della società controllante: infatti, come previsto dall'art. 2359-bis c.c., "la società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato" e "in nessun caso il valore nominale delle azioni acquistate [...] può eccedere la quinta parte del capitale della società controllante qualora questa sia una società che faccia ricorso al mercato del capitale di rischio, tenendosi conto a tal fine delle azioni possedute dalla medesima società controllante o dalle società da essa controllate". Ai sensi dell'art. 2359-ter c.c., le azioni o quote acquistate in violazione dell'art. 2359-bis devono essere alienate secondo modalità che devono essere determinate dall'assemblea entro un anno dal loro acquisto e, in caso di inerzia dell'assemblea, gli amministratori e i sindaci devono richiedere al tribunale l'annullamento di tali azioni e la corrispondente riduzione del capitale.

solo dopo che si è manifestata l'insolvenza dell'impresa ³⁰³: del resto, si tratta di un organo che è necessario anche nelle società unipersonali, dove rappresenta appunto l'unica garanzia per i creditori di una attività di vigilanza che sia costante e non accondiscendente verso l'organo di gestione, specie se la società è amministrata dallo stesso socio ³⁰⁴.

Ciò premesso, potrebbero sorgere dei dubbi sulle modalità di attuazione in concreto di tale tutela, perché alla macrocategoria dei creditori appartengono soggetti portatori degli interessi più diversi, magari in contrasto tra loro, con i quali il Collegio Sindacale è chiamato a rapportarsi anche per esplicita previsione di legge.

Infatti, nell'ambito degli interessi dei creditori (siano essi tali a titolo contrattuale, quali banche e fornitori, oppure a titolo extracontrattuale in conseguenza di fatto illecito del debitore stesso), il Collegio Sindacale deve tutelare *ex lege* quelli degli obbligazionisti come si desume dal disposto dell'ultimo comma dell'art. 2415 c.c. che prevede l'intervento dei sindaci nelle loro assemblee speciali: questa previsione è finalizzata a consentire ai sindaci di conoscere quali sono le rimostranze e le eventuali iniziative che gli obbligazionisti intendano promuovere e che potrebbero influenzare significativamente la situazione economica e finanziaria della società e, nel contempo, a garantire agli stessi obbligazionisti che, attraverso la collaborazione tra il Collegio Sindacale e il rappresentante comune degli obbligazionisti, i diritti di questi ultimi non vengano pregiudicati per effetto, ad esempio, delle pressioni esercitate dai creditori 'forti' della società nell'ambito di una eventuale ristrutturazione del debito.

Accanto agli obbligazionisti, quali soggetti potenziali beneficiari dell'attività di vigilanza dei sindaci, vi possono poi essere anche i titolari di strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 c.c. ai quali, come stabilito dall'art. 2351 c.c., può essere attribuito il diritto di nominare un sindaco: in questo caso si ripresenta l'interrogativo se la nomina del sindaco presupponga un rapporto fiduciario tra lo stesso e i soggetti, titolari degli strumenti finanziari partecipativi, che lo nominano e,

³⁰³ Cfr., ex multis, POLI, (nt. 146), 142, nota 7; si veda anche CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988, 32 ss.; in senso adesivo sull'esigenza di tutela dei creditori attraverso la disciplina delle azioni proprie, BOCHICCHIO, *Buy back e riduzione del capitale sociale*, Padova, 2000, 152.

³⁰⁴ Cfr. RIGOTTI, (nt. 276), 58, nt. 28.

in caso di risposta affermativa, come ciò possa concretamente essere adempiuto dal Collegio Sindacale.

Come si è detto, è però escluso che l'attività di controllo possa essere diretta dal sindaco alla tutela dei soli interessi di chi lo abbia nominato anche a discapito degli interessi degli altri creditori, mentre si potrebbe al più ritenere che tra il sindaco nominato dai titolari degli strumenti finanziari partecipativi e questi ultimi vi sia una sorta di mandato implicito che comporti uno sguardo sulla gestione della società che sia maggiormente attento agli effetti della stessa sull'investimento da loro effettuato: entro questi limiti al sindaco sarebbe richiesto essenzialmente di monitorare e, forse, di acquisire informazioni che possano essere utili ai portatori dei predetti strumenti partecipativi per la tutela dei loro interessi (pur sempre però in una logica di informativa resa dall'organo sindacale collegialmente e pubblicamente). Ciò in quanto l'art. 2351 quinto comma c.c. rende applicabile al singolo sindaco così nominato le medesime norme previste per gli altri componenti dell'organo cui partecipa, sicché non sarebbe ammissibile un flusso informativo "privilegiato" nei confronti di chi lo abbia nominato, né l'esercizio delle funzioni di controllo in modo tale da attribuire un ruolo preminente all'interesse dei titolari degli strumenti finanziari partecipativi rispetto a quello di tutti gli altri creditori (e anche rispetto a quello degli azionisti)³⁰⁵.

Resta però il fatto che il Legislatore non ha chiarito quale debba essere il ruolo che dovrebbe ricoprire il sindaco nominato dai terzi investitori e, più in generale, come il Collegio Sindacale debba effettivamente comporre gli interessi delle diverse categorie di creditori della società che possono essere eventualmente in conflitto tra loro: il che, se da un punto di vista meramente pratico può soddisfare le esigenze di

³⁰⁵ Una anomalia del sindaco nominato dai titolari degli strumenti finanziari partecipativi potrebbe essere legata al funzionamento del meccanismo di revoca. In base a una interpretazione letterale dell'art. 2351 comma 5, il potere di revoca e di sostituzione dovrebbe – salvo diversa disposizione in statuto - spettare all'assemblea e non ai titolari di strumenti finanziari partecipativi: e questo perché, come già ricordato, al sindaco nominato si applicano le medesime norme cui sono soggetti gli altri componenti dell'organo cui appartiene e, dunque, la sua revoca, possibile solo in presenza di una giusta causa, non potrebbe che essere deliberata dagli stessi soci, per poi essere approvata dal Tribunale ex art. 2400 c.c.. A mio parere, però, proprio il fatto che si richieda l'approvazione da parte dell'autorità giudiziaria della sussistenza di una giusta causa potrebbe legittimare una diversa tesi, e cioè che i sindaci potrebbero essere revocati anche singolarmente dai titolari di strumenti finanziari partecipativi.

volta in volta emergenti, crea delle difficoltà nella ricostruzione dei profili di responsabilità addebitabili all'organo di controllo, con riferimento, in particolare, al compito di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione in caso di operazioni straordinarie che di regola possono incidere in maniera diversa sui creditori coinvolti.

3.7. Gli interessi "esterni"³⁰⁶

Infine, nella individuazione delle finalità di tutela poste in capo al Collegio Sindacale, possono assumere rilevanza anche interessi non riconducibili solamente all'interesse "sociale" come, per esempio, l'interesse degli investitori istituzionali e dei piccoli investitori, e, in via ancor più generale, l'interesse a evitare dissesti che pregiudichino la fiducia del sistema economico e finanziario. Del resto, non è un caso che i componenti del Collegio Sindacale di qualunque tipo di società non possano essere revocati se non in presenza di una "giusta causa", la cui sussistenza deve essere verificata dal Tribunale dopo aver sentito il sindaco interessato: previsione che si applica anche quando la revoca del sindaco sia stata disposta con il consenso di tutti gli azionisti³⁰⁷, il che può giustificarsi solamente in quanto la funzione dei sindaci risponde non solo all'interesse dei soci, ma anche a quello dei terzi e del mercato in generale, e, dunque, impone ai sindaci di essere indipendenti rispetto a quel medesimo azionariato di maggioranza dal quale sono stati nominati

³⁰⁸.

³⁰⁶ Intendendosi con "interessi esterni" quegli interessi non riconducibili solamente agli interessi dei soci, ma di soggetti estranei alla stessa: i cc.dd. "stakeholders".

³⁰⁷ Cfr. CAVALLI, (nt. 8), 47 ss.; v. anche: AMBROSINI, *sub artt. 2400-2402*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, diretto da COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO, MONTALENTI, Bologna, 2004, 888; GUERRA, *Revoca e decadenza dei sindaci delle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1963, 1012 ss.; in senso conforme, FOTTICCHIA, *Su revoca e sospensione del sindaco di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 156; sul punto, cfr. anche ROSSI, *Revoca e decadenza dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, 268 ss.; PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971, 281 ss.. In giurisprudenza, Cass., 12 dicembre 2005, n. 27389, in *Dir. Fall.*, 2007, 277 ss., con nota di DAMIANI.

³⁰⁸ In questo senso, *ex multis*, BERTELOTTI, (nt. 4), 265-266; sul punto, si veda anche: COCITO, (nt. 108), 100-103; FOTTICCHIA, (nt. 307), 152-153; SANDULLI, (nt. 193), 1166-1167. In giurisprudenza, con specifico riferimento agli interessi tutelati dai sindaci nelle banche, Cass., Sez. Unite, 30 settembre 2009, n. 20934, ritiene che l'obbligo di vigilanza dei sindaci è funzionale non soltanto a

Questa qualificazione del Collegio Sindacale quale presidio a tutela di interessi esterni alla società stride tuttavia con alcune disposizioni inerenti ai poteri attribuiti ai sindaci per garantire la correttezza e la legalità della gestione societaria: ci si riferisce in particolare al fatto che i soci possono rinunciare e transigere l'azione promossa dai sindaci per far valere la responsabilità del *management* che ha cagionato un danno alla società (e magari derivante proprio da una condotta lesiva anche di interessi diversi da quegli dei soci)³⁰⁹; come pure è significativo ricordare che, stando al dato letterale della norma, è possibile attivare da parte dei sindaci il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. solo in caso di un danno potenziale "alla società o alle sue controllate" (e non a interessi esterni alla società) e che l'assemblea può comunque evitare l'ispezione e la prosecuzione del procedimento da parte dell'Autorità Giudiziaria per effetto della sostituzione degli amministratori (ancorchè con soggetti di "adeguata professionalità")³¹⁰.

In effetti, una prima analisi induce a ritenere che gli interessi degli *stakeholders* si pongano su un piano di diversa rilevanza nell'ambito delle società bancarie e nelle società "comuni", e in queste ultime tra le società "aperte" e quelle "chiuse" .

Come già osservato, nelle banche è indubitabile che il contesto in cui svolgono la loro attività di controllo, il canone della "sana e prudente gestione" e la presenza di flussi informativi ex art. 52 TUB con Banca d'Italia accentuano il carattere "pubblicistico" del ruolo dei sindaci, che non possono non tenere in considerazione gli interessi di risparmiatori, investitori e della stabilità del sistema bancario nel suo complesso, specie quando sia il caso di attivarsi per prevenire, anche attraverso il coinvolgimento dell'Autorità di Vigilanza, condotte del *management* eccessivamente speculative e rischiose.

Tali interessi sembrano poi essere sottesi anche all'attività del Collegio Sindacale nelle società "aperte" posto che il raccordo informativo con la Consob consente a quest'ultima di porre in essere le misure che ritiene più opportune per ovviare alle

salvaguardare gli interessi degli azionisti nei confronti di atti di abuso di gestione da parte degli amministratori, ma anche a garantire il corretto operato della società a tutela degli investitori; sul punto, si veda anche App. Venezia, 19 dicembre 1998, in Giur. It., 1999, 1673 ss..

³⁰⁹ *Contra*, SUDIERO, *L'azione di responsabilità esercitata dal collegio sindacale e l'interesse sociale*, in *Il nuovo diritto delle società*, n.9, 2013, 29-30.

³¹⁰ Cfr. CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 52.

irregolarità riscontrate, e che l'art. 2409 c.c., diversamente da quanto previsto attualmente per le società "chiuse", attribuisce anche al pubblico ministero la legittimazione a ricorrere all'autorità giudiziaria in presenza di un fondato sospetto di gravi irregolarità nella gestione, tali da arrecare danno non solo alla società ma evidentemente pure a interessi diversi e più ampi.

Si tratta di contesti societari dove quindi la rilevanza degli interessi esterni sembra orientare maggiormente l'attività di controllo dei sindaci e, in particolare, le modalità di esercizio dei poteri a loro attribuiti: con la conseguenza che potrebbe non essere opportuna una trattazione unitaria di come devono essere esercitati i poteri dei sindaci nelle società bancarie, nelle società "aperte" e in quelle "chiuse", in quanto, diversa essendo la funzione dell'organo di controllo nei contesti societari sopra menzionati, differenti dovrebbero essere le modalità di attivazione degli strumenti a loro attribuiti, e, dunque, diversa dovrebbe essere la valutazione in merito alle responsabilità dei sindaci laddove questi ultimi non abbiano prontamente attivato i poteri a loro concessi.

In realtà, però, le regole generali in merito ai doveri e alle responsabilità dei sindaci non differiscono nelle società "aperte" e in quelle "chiuse", perchè, in definitiva, imporre al Collegio Sindacale di orientare la sua attività verso non ben definiti interessi degli *stakeholders* si traduce in una mera dichiarazione "di principio", pressochè impossibile da attuarsi nella pratica ³¹¹; tali interessi devono infatti costituire, non tanto dei criteri direttivi dell'attività dei sindaci, quanto dei limiti generali all'operare della società e possono essere tutelati dai sindaci solo "indirettamente", e cioè attraverso la vigilanza da parte dei sindaci sul rispetto della legalità e dei principi di corretta amministrazione³¹².

³¹¹ Di questo avviso, CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Le Società*, 1998, 890; al riguardo, si veda anche CALANDRA BUONAURA, (nt. 2), 670-671.

³¹² Cfr. CAVALLI, (nt. 151), 362, nt. 15; v., *ex multis*, anche FORTUNATO, (nt. 148), 1388.

3.8. Gli interessi tutelati dai sindaci, i poteri attribuiti al Collegio Sindacale e l'esigenza di un controllo *ex ante*. L'importanza dei poteri informativi e ispettivi

L'individuazione degli interessi che si intendono tutelati e tutelabili attraverso l'attività di controllo dei sindaci induce a soffermarsi su come i poteri attribuiti ai sindaci devono essere effettivamente esercitati.

Si è già ricordato che il Collegio Sindacale deve anzitutto partecipare alle riunioni dell'organo assembleare e di quello consiliare e, qualora venga a conoscenza di fatti che determinano – o possano determinare - violazioni della legge, dello statuto o dei principi di corretta amministrazione oppure l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo e amministrativo-contabile, deve attivarsi e darne tempestiva notizia cosicchè siano adottati gli opportuni provvedimenti. Questo dovere presuppone che il Collegio Sindacale sia effettivamente coinvolto nelle predette riunioni, costituendo questo lo strumento principale che i sindaci hanno a disposizione per evitare, appunto *ex ante*, che vengano assunte decisioni dannose per la società e per tutti gli interessi appena menzionati.

Tuttavia, come più volte ribadito, nelle società "comuni", i sindaci non sono in grado di indirizzare e tanto meno vincolare le scelte degli amministratori sulle quali non siano d'accordo e allora si deve verificare se i poteri "reattivi" a loro attribuiti per legge - e, in particolare, il potere di impugnazione delle delibere del Consiglio di Amministrazione e dell'Assemblea, il potere di convocare l'assemblea, il Consiglio di Amministrazione e il comitato esecutivo, nonché il potere di ricorrere all'Autorità Giudiziaria ex art. 2409 cod. civ. - interpretati nell'ottica della tutela dei diversi interessi che si intendono sottesi al loro controllo, consentano in realtà l'attuazione anche di una tutela *ex ante* dei predetti interessi ³¹³.

³¹³ Inutile dire che il potere di esercitare l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, che è stato introdotto con la L. 262 del 2005, costituisce invece un rimedio adottabile solo *ex post* di fronte alle irregolarità che siano state riscontrate e che abbiano già generato un danno alla società; al più, una funzione *ex ante* di tale azione potrebbe essere riferita a tale azione nella sua idoneità a costituire un deterrente alla reiterazione di condotte negligenti da parte del *management*, anche se non di certa efficacia: infatti, nel contesto di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, i sindaci potrebbero essere accusati di non aver correttamente assolto ai propri doveri di controllo e una simile prospettiva produrrebbe

Preliminarmente si osserva che questa tutela potrebbe comunque essere agevolata attraverso un più attento e tempestivo esercizio da parte dei singoli sindaci dei poteri ispettivi riconosciuti dall'art. 2403-bis c.c. e, nelle società quotate, dall'art. 151 comma 1 TUF, anche a prescindere da una previa denuncia dei soci che li induca ad attivarsi. I sindaci possono infatti procedere individualmente e in qualsiasi momento a compiere atti di ispezione e controllo, e quindi accedere nei locali della società e ottenere tutti i dati e i documenti che ritengano necessari, senza potersi vedere eccepire dagli amministratori il dovere di mantenere riservati alcune informazioni a tutela dell'interesse della società ³¹⁴: se esercitati anche a fini "esplorativi", questi poteri ispettivi potrebbero dunque effettivamente garantire una maggiore informativa nell'ambito dell'assunzione delle decisioni gestionali così da eventualmente attivare gli strumenti reattivi appena menzionati che potrebbero porre definitivamente rimedio alle irregolarità riscontrate.

E ciò diversamente da quanto avviene in ambito bancario dove, come si è detto, il Collegio Sindacale, essendo in buona sostanza un organo di supervisione e coordinamento sul sistema di controllo interno, procede ad atti di ispezione di regola episodici che sono invece affidati in via continuativa all'Internal audit e alle funzioni di secondo livello; e diversamente anche rispetto a quanto si può pretendere dai singoli componenti degli organi di controllo nei sistemi alternativi di governance, dove, come confermato dall'art. 151-bis 4 comma e dall'art. 151-ter 4 comma TUF nell'ambito delle società "aperte", non sono consentiti atti di ispezione individuali, se non previa delega dell'organo di controllo stesso.

Nell'ottica di una tutela *ex ante* degli interessi sottesi all'attività di controllo del Collegio Sindacale, assume poi rilevanza anche il flusso informativo che intercorre con gli amministratori in quanto il carattere di tale informativa non è solo più solo

ovviamente effetti disincentivanti rispetto all'ipotesi di farsene promotori (così, *ex multis*, BERTOLOTTI, (nt. 4), 321); inoltre, non è raro che, pur essendo stata esercitata l'azione di responsabilità, non si sia in grado, attraverso il risarcimento del danno, di assicurare il ripianamento totale delle perdite causate dal *management*, spesso molto ingenti.

³¹⁴ Peraltro, come osservato da CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 160-161, il legislatore non ha limitato l'esercizio dei poteri ispettivi ad alcune aree particolari, e nemmeno ha chiarito che tali poteri spettano solo "per l'espletamento delle proprie funzioni" oppure "in relazione alle materie di propria competenza", il che invece è avvenuto con riferimento al potere dei sindaci di avvalersi dei dipendenti della società e di fare proposte all'assemblea. Per una più dettagliata analisi dei poteri ispettivi dei sindaci, si rinvia a MONTALENTI-BALZOLA, (nt. 117), 1951 ss..

“retrospettivo e consuntivo”, ma anche “prospettico” posto che, in primo luogo, l’art. 2381 c.c. si riferisce alla prevedibile evoluzione della gestione della società e, dunque, ha ad oggetto decisioni e piani non ancora compiutamente definiti e implementati; e che, in secondo luogo, laddove vi sia un interesse di un amministratore, per conto proprio o di terzi, in una determinata operazione, l’art. 2391 c.c. impone di rappresentare ai sindaci, appunto in via anticipata, natura, termini, origine e portata dell’operazione stessa e dell’interesse eventualmente in conflitto con quello della società³¹⁵.

Si ricordi poi che i sindaci hanno il potere di richiedere ulteriori informazioni sull’andamento della società - e di quelle controllate - nonché su “determinati affari”; potere, quest’ultimo, che dovrebbe essere esercitato non solo in merito a operazioni che siano già state realizzate, ma pure con riferimento a situazioni in itinere e ad affari che, ancorchè concordati, non siano stati compiutamente eseguiti: del resto, non è un caso che nelle società “aperte” sia d’obbligo fornire al mercato le informazioni cc.dd. “price sensitive” in merito a operazioni di particolare rilievo, con la conseguenza che non avrebbe alcun senso attribuire ai sindaci un potere di informativa su operazioni che siano già di pubblico dominio³¹⁶. Infine, a tal riguardo, è significativo ricordare l’importanza dei flussi informativi dei sindaci anche con i revisori contabili (nelle società “chiuse”, ove nominati) e con i corrispondenti organi di vigilanza delle società controllate, che, ove interpellati al di fuori di una situazione di conclamata “patologia”, possono fornire informazioni certamente utili a prevenire, o comunque a limitare, un danno per la società.

Aderendo a questa ricostruzione delle modalità di esercizio dei poteri del Collegio Sindacale, si dovrebbe quindi richiedere un giudizio più rigoroso della condotta dei sindaci tale da far valere la loro responsabilità non solo per i danni ulteriori e successivi alla comunicazione dell’operazione dannosa nell’ambito dell’informativa periodica imposta ex lege agli amministratori, ma anche dei danni che si sarebbero potuti evitare laddove i sindaci non avessero ritardato la richiesta di informazioni sull’andamento della gestione e dei documenti rilevanti per la loro attività di controllo: è vero che questa conclusione potrebbe di fatto richiedere un impegno

³¹⁵ Cfr. BENAZZO, (nt. 13), 407.

³¹⁶ Cfr. CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 96-97.

costante da parte dei sindaci al controllo degli affari della società e comportare il rischio di una vigilanza così analitica da ostacolare eccessivamente l'attività del *management*, ma si tratta di una soluzione che, specialmente ove applicata nelle società "aperte" e che svolgono attività complesse, potrebbe indurre i sindaci a richiedere con forza la creazione di un sistema di controllo interno adeguato che sia effettivamente in grado di supportarli nel comprendere se vi siano i presupposti per attivare gli strumenti informativi e reattivi a loro disposizione.

3.9. Il diritto di impugnazione delle delibere del CdA e dell'Assemblea

Occorre anzitutto esaminare il potere dei sindaci di impugnare le delibere dell'Assemblea e del Consiglio di Amministrazione, che può essere esercitato se tali delibere sono invalide perchè contrarie alla legge o allo statuto oppure, per quanto concerne le delibere assembleari, sono nulle ai sensi dell'art. 2379 c.c..

In particolare, laddove si pretendesse attribuire effettivamente al potere di impugnativa del Collegio Sindacale una funzione anche di tutela *ex ante*, si potrebbe consentire ai sindaci di impugnare una deliberazione assembleare (o consiliare) - anticipando la reazione dei soci o addirittura sostituendosi agli stessi nella difesa dei loro diritti - ogni qualvolta si ponesse l'esigenza di prevenire abusi di un gruppo di soci (o di amministratori) a danno di altri soci e di garantire il rispetto del generale obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto di società, che, ove inadempito, renderebbe illegittima la delibera in questione³¹⁷.

Al riguardo, ci si deve però interrogare se i sindaci debbano impugnare esclusivamente quella delibera che in concreto non risulti conforme all'interesse

³¹⁷ Cfr., per tutti, ANGELICI, (nt. 151), 123-125, il quale ritiene che anche una delibera di aumento del capitale sociale potrebbe in concreto rappresentare un "abuso" nei confronti della minoranza tale da rendere la delibera stessa illegittima: si pensi per esempio all'ipotesi in cui la delibera sia assunta profittando delle difficoltà finanziarie del socio di minoranza a sottoscrivere l'aumento, e ciò proprio allo scopo di diluire la sua quota di partecipazione. Sul punto, si rinvia, per una disamina più approfondita e generale sugli "abusi" a danno della minoranza, a: GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni (abuso di potere nel procedimento assembleare)*, Milano, 1987; PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992.

“sociale”³¹⁸ ovvero se siano tenuti a impugnarla per il sol fatto che è invalida³¹⁹: ove si seguisse la prima tesi, non sarebbe ammissibile un sindacato anche rispetto a quelle deliberazioni che non coinvolgono affatto l’interesse sociale (perché attengono solamente ai rapporti tra soci, fermo restando che in questa sede non si intende prendere una posizione sulla scelta ai fini della nozione di “interesse sociale” tra la teoria istituzionalista e quella contrattualista), mentre, nel secondo caso, i sindaci avrebbero il dovere di impugnare la delibera in presenza di un abuso che, come appena osservato, rende la stessa di per sé illegittima.

A ben vedere, quest’ultima tesi appare quella corretta in quanto più coerente con il ruolo di garante della legalità assunto dal Collegio Sindacale nel sistema tradizionale di *governance*³²⁰: si è già osservato che i sindaci non sono dispensati dal dovere di impugnare una delibera ove la stessa sia stata assunta con il voto favorevole di tutti i soci³²¹, e cioè in una situazione nella quale non è configurabile una effettiva lesione dell’interesse sociale³²²; diversamente opinando, infatti, il Collegio Sindacale non sarebbe per esempio mai legittimato a impugnare una delibera di una società unipersonale, il che non è accettabile tenuto anche conto che

³¹⁸ Di questo avviso, CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 209-210.

³¹⁹ In tal senso, v. OPPO, (nt. 296), 230; in senso più dubitativo, JAEGER, *L’interesse sociale*, Milano, 1964, 170 ss. e, in particolare, 175. V anche anche LENER, (nt. 296), 552.

³²⁰ Il ruolo di garante della legalità attribuito al Collegio Sindacale è ulteriormente confermato dal fatto che, come già ricordato, i sindaci possono essere revocati solo per una “giusta causa” approvata dal Tribunale, anche laddove la decisione sulla revoca sia stata assunta con il consenso di tutti i soci: da ciò, si desume che la funzione dei sindaci risponde non solo all’interesse dei soci, ma anche a quello dei terzi e, più in generale, all’interesse alla legalità nella gestione della società. Sul punto, si rinvia a nt. 307.

³²¹ Sul punto, v. nt. 296.

³²² Come osservato da SACCHI-VICARI, (nt. 296), 657-658, la questione potrebbe porsi in termini differenti con riferimento al potere di impugnativa riconosciuto agli amministratori: in questo caso, infatti, parrebbe più corretto imporre ai componenti dell’organo di gestione di verificare in concreto la conformità della delibera all’interesse sociale, in quanto il loro ruolo, non è tanto quello di garantire la legalità come i sindaci, ma piuttosto quello di adempiere al mandato loro conferito da parte dell’Assemblea e, dunque, di gestire la società nell’interesse dei soci che li hanno nominati (sul tema, v. MINERVINI, (nt. 296), 211 ss., il quale individua la *ratio* del potere di impugnativa degli amministratori nell’interessi di questi ultimi a eliminare ogni dubbio sull’obbligo di dare esecuzione alla delibera invalida). Al riguardo, occorre però segnalare che la responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori ex art. 2394 c.c. induce a ritenere che la verifica da parte della questione non dovrebbe essere limitata alla conformità in concreto alla conformità della delibera con l’interesse sociale, ma dovrebbe estendersi anche alla valutazione in merito alla potenziale lesione degli interessi del ceto creditorio (al riguardo, v. CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 227 ss.).

la legge non limita il potere di impugnativa dei sindaci a quelle delibere che non sono assunte all'unanimità. In quest'ottica, è poi significativo ricordare che, se si ammette la possibilità per i sindaci di ricorrere all'autorità giudiziaria ex art. 2409 c.c. pur in presenza di una contraria volontà in tal senso dell'intera compagine sociale, allora, a maggior ragione, dovrebbe ammettersi la possibilità per i sindaci di impugnare una delibera invalida: potere, quest'ultimo, che, ove esercitato, comporta infatti conseguenze certamente meno significative sulla ordinaria gestione della società rispetto alle misure che possono essere previste in conseguenza del coinvolgimento del Tribunale.

Ciò detto, è però di tutta evidenza che in concreto il dovere dei sindaci di impugnare una delibera in caso di "abuso" da parte di alcuni soci potrebbe estendere pericolosamente l'ambito della valutazione che è demandata ai sindaci sulle deliberazioni che siano da loro impugnabili, potendo addirittura legittimarli a indagare preventivamente sui propositi ultimi (spesso difficilmente decifrabili e dimostrabili) di una deliberazione, quali quelli che potrebbero celarsi dietro un aumento del capitale sociale con esclusione del diritto di opzione, la non distribuzione degli utili o, infine, l'approvazione di una operazione straordinaria; e ciò anche perchè di regola vi sono più gruppi di minoranza magari portatori di interessi o obiettivi fra loro contrastanti e divergenti, nel qual caso è ancor più arduo consentire ai sindaci di farsi tutori di un gruppo di minoranza piuttosto che di un altro ³²³.

Diversa è naturalmente l'ipotesi in cui una certa deliberazione sia giustificata sulla base di considerazioni palesemente inconsistenti, magari appaia contraria a ogni logica imprenditoriale e aziendale e non prenda in considerazione alternative che, pur soddisfacendo l'interesse sociale, consentirebbero di evitare pregiudizi per un gruppo di soci, allora in questo caso il Collegio Sindacale potrebbe fondatamente avvertire il pericolo che una tale deliberazione, benché formalmente corretta, nasconda in realtà un inadempimento all'obbligo di buona fede nell'esecuzione del

³²³ Cfr. CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, *Società per azioni*, vol 2**, Torino, 1996, 800; in senso conforme, D'ANGELO, (nt. 62), 30-31.

contratto di società a danno della minoranza e potrebbe - anzi, dovrebbe - attivarsi a tutela dei diritti dei soci potenzialmente lesi³²⁴.

Ma, a parte queste ipotesi, ben difficilmente in concreto si potrebbe richiedere ai sindaci di comprendere quali siano le finalità ultime di determinate delibere, con il rischio di ammettere in via generale una estensione indiscriminata del potere di impugnazione, appunto giustificandolo con l'assolvimento del compito di tutelare *ex ante* gli interessi dei soci di minoranza e prevenire potenziali abusi, in realtà insussistenti o difficilmente dimostrabili. Del resto, la legge già conferisce la possibilità ai soci di minoranza (o meglio, a una minoranza qualificata) il potere di impugnare le deliberazioni assembleari che siano nulle o annullabili, o comunque di ottenere un risarcimento del danno subito, sicché non si comprende perché i sindaci dovrebbero agire autonomamente, così sostituendosi ai soci potenzialmente lesi, essendo ben più opportuno che si limitino a esprimere i loro rilievi sul "merito" dell'operazione contestata.

A maggior ragione, analogo discorso può essere fatto con riferimento al potere di impugnativa delle deliberazioni del Consiglio di Amministrazione, rispetto alle quali l'art. 2388 cod. civ., nel prevedere che le deliberazioni del Consiglio lesive dei diritti dei soci possono essere impugnate dai soci stessi, non legittima i sindaci a tale iniziativa: evidente che l'ordinamento non ammette un intervento in tale ottica del Collegio Sindacale, al quale può essere quindi consentito, in presenza di un sospetto di "abuso" e di inerzia del socio leso, solamente di richiamare gli amministratori e di pretendere da loro dei chiarimenti o, al limite, di convocare l'assemblea, "purché [...] ci si muova sul piano dei poteri e non su quello dei doveri (tanto meno di impugnativa)"³²⁵.

³²⁴ In questo senso, in giurisprudenza, Appello Milano, 10 febbraio 2004, con nota di DAL SOGLIO, *Gli azionisti di minoranza di fronte agli aumenti di capitale abusivi*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 127 ss.. Sul punto, si veda anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali: MALAVASI, *L'eccesso di potere nelle delibere assembleari come violazione della buona fede*, in *Le Società*, 2004, 189 ss.; GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. soc.*, 2002, 181 ss.; PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 129 ss..

³²⁵ Così D'ANGELO, (nt. 62), 31. Nello stesso senso, DE CRESCIENZO, (nt. 178), 120.

Peraltro, l'impugnativa della delibera non è naturalmente l'unico rimedio esperibile da parte dei sindaci e gli amministratori, previamente avvertiti dai sindaci delle loro perplessità sulla legittimità della delibera, potrebbero ritenere più opportuno revocare la deliberazione contestata piuttosto che affrontare un giudizio (di questo avviso, RIGOTTI, (nt. 106), 197). In altre parole,

Diverso invece il caso del potere dei sindaci di impugnativa della deliberazione consiliare che sia stata presa in violazione delle regole di cui all'art. 2391 cod. civ. in tema di interessi degli amministratori: perché, in tale ipotesi, si chiede una verifica della legittimità dell'iter procedurale seguito per evitare potenziali conflitti di interessi, e, dunque, ai sindaci non è data la facoltà, ma l'obbligo di impugnare la deliberazione, indipendentemente dall'inerzia dei soci, posto che l'"abuso" perpetrato è in grado di ledere non tanto (e non solo) l'interesse dei singoli soci, ma soprattutto l'interesse della società nel suo complesso.

3.10. Segue

Il fatto che in concreto potrebbe essere arduo per il Collegio Sindacale impugnare le deliberazioni assembleari e consiliari per l'ipotesi di "abuso" da parte di soci a danno di altri soci potrebbe condurre alla conclusione che sotto questo punto di vista il potere di impugnativa riconosciuto all'organo di controllo non sia in grado di assicurare una tutela effettivamente *ex ante*.

Ciò detto, vi è da chiedersi quale sia la vera portata e finalità del potere sindacale di impugnativa, quantomeno delle delibere consiliari, ponendosi nell'ottica di tutelare gli interessi dei creditori della società.

(i) Si considerino anzitutto le operazioni, anche di natura strategica, che possono dirsi straordinarie: nonostante il confine tra controllo di legittimità e controllo di merito sia davvero labile, quasi inesistente,³²⁶ spesso gli amministratori invocano la

dovrebbe ritenersi sussistente un obbligo di cooperazione cui il collegio sindacale dovrebbe attenersi e che è funzionale a evitare decisioni impulsive e dannose per la società (sull'esistenza di un obbligo di "leale collaborazione" tra gli organi delle società per azioni, si veda, per tutti, ANGELICI, (nt. 151), 386): in questo senso è orientata anche la scelta del legislatore di attribuire la legittimazione all'impugnazione delle delibere assembleari e consiliari solo al collegio e non ai singoli sindaci. Ciò sembra infatti ricondursi proprio al timore del legislatore che il potere di impugnativa, specie quelle consiliari, "potesse trasformarsi in un espediente atto a minare profondamente la prontezza, la rapidità e la tempestività dell'azione dell'organo amministrativo, diventando così uno strumento di disturbo, di ostruzionismo od addirittura di ricatto nei confronti dei gestori dell'impresa": così, BERTOLOTTI, (nt. 4), 320.

³²⁶ Di questo avviso, DENOZZA, (nt. 29), 130.

business judgement rule per impedire che tali operazioni straordinarie diventino oggetto di critica in via preventiva o motivo di addebito di responsabilità una volta che la società ne sia stata danneggiata.

Ma, dal momento che tra gli obblighi del Collegio Sindacale vi è quello di salvaguardare gli interessi dei creditori, la tutela del patrimonio sociale diventa certamente rilevante di fronte a operazioni che appunto possano causare profonde modifiche alla struttura patrimoniale o alla operatività aziendale: ci si riferisce, ad esempio, a un'operazione di scissione parziale per effetto della quale viene posto in essere un trasferimento di parte del patrimonio sociale senza alcun corrispettivo per la società, essendoci solo l'assegnazione di partecipazioni ai soci della scissa; oppure a una operazione di fusione che, attraverso l'allocatione dei disavanzi, consente l'iscrizione di maggiori valori dell'attivo delle società partecipanti all'operazione o che, ove strutturata nell'ambito di una operazione di leveraged buy out, ha l'effetto di aumentare esponenzialmente l'indebitamento della società target ³²⁷.

In questi casi vi possono essere forti rischi di compromissione del patrimonio sociale e nel contempo gli amministratori potrebbero pretendere di invocare la business judgment rule: rischi che non potrebbero essere scongiurati ove i sindaci si limitino ad accertare l'avvenuta presentazione della documentazione informativa prevista dalla legge, a constatare l'ottenimento di relazioni e perizie di terzi più o meno indipendenti a supporto delle valutazioni sottostanti all'operazione, e a partecipare alle riunioni aventi a oggetto l'approvazione dell'operazione e dei piani industriali. In sintesi, nessuna effettiva tutela viene garantita ai soci, specialmente a quelli di minoranza, ai creditori e ai terzi investitori - in ultima analisi alla società - nel caso in cui siano poste in essere operazioni che, pur apparentemente corrette sotto il profilo formale, sottendano in realtà concreti rischi per il patrimonio sociale ³²⁸.

³²⁷ In tal senso, PEROTTA-BEROLI, *I compiti degli organi di controllo in presenza di operazioni straordinarie*, in *Giur. comm.*, I, 98. Per una approfondita disamina delle caratteristiche del leveraged buyout, si veda MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, Milano, 1991. In particolare, sulla tutela dei creditori in tali operazioni, si rinvia, *ex multis*, a CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy-out. L'art. 2501-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007.

³²⁸ Così, PEROTTA-BEROLI, (nt. 327), 98.

E' pur vero che la tutela di quegli interessi viene assicurata attraverso la possibilità di richiedere il risarcimento del danno eventualmente subito ³²⁹ e, soprattutto, attraverso la possibilità per i creditori di opporsi preventivamente alla realizzazione di operazioni fortemente pregiudizievoli per i loro interessi, con la conseguenza che, in presenza di tali rimedi, non vi sarebbe l'esigenza di ammettere anche l'ingerenza dei sindaci su profili di merito dell'operazione attraverso l'esercizio del potere di impugnativa delle delibere consiliari³³⁰.

Ma, ciononostante, i sindaci hanno un ruolo e dei doveri che postulano comunque la responsabilità di analizzare il business plan elaborato dagli amministratori e il potere/dovere di richiedere ulteriori informazioni e dettagli sull'operazione prospettata e di effettuare analisi che consentano loro di valutare il piano, le modalità con cui l'operazione venga eseguita e finanziata, nonché le possibili ricadute che possano prodursi sulla struttura finanziaria e patrimoniale della società ³³¹: tutto ciò anche al fine di verificare che non vi siano abusi (a danno dei diversi soggetti interessati, inclusi i creditori), che non sussistano incongruenze nelle previsioni del piano anche sotto il profilo della sostenibilità finanziaria dell'operazione, ovvero che non vi sia l'attribuzione di benefici ingiustificati ad amministratori o a soci³³²; inoltre, i sindaci dovrebbero ritenere compreso tra i loro

³²⁹ Tuttavia, come correttamente osservato da PEROTTA-BEROLI, (nt. 327), 99., la possibilità di chiedere il risarcimento del danno subito rappresenta una tutela solamente *ex post* degli interessi coinvolti perchè "talvolta la stessa interviene quando l'impresa è già inserita in un più grave e irrimediabile contesto aziendale, magari sfociato in una procedura concorsuale".

³³⁰ Si segnala però che, come correttamente osservato da CALANDRA BUONAURA, (nt. 214), 150, nota 16, "i creditori potrebbero essere indotti a non proporre l'opposizione da una insufficiente informazione o, addirittura, da una falsa rappresentazione della situazione patrimoniale delle società partecipanti [all'operazione]".

³³¹ In questo senso anche il commento alla norma 3.3 dei principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, nell'ambito del quale si precisa che "l'effettuazione di significativi investimenti mediante ricorso a finanziamenti esterni che richiedono una adeguata verifica della pianificazione dell'investimento (eventualmente mediante predisposizione di un business plan), della valutazione delle alternative disponibili di finanziamento e della capacità della società di rimborsare i finanziamenti nei tempi concordati deve essere adeguatamente verificata dal collegio sindacale".

³³² Come osservato da SANTAGATA, *Operazioni straordinarie e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2004, 1515, "esemplare [è] l'ipotesi di partecipazione maggioritaria (o di controllo) detenuta da una delle società fondende nell'altra: la sottovalutazione di tale partecipazione sarà vantaggiosamente compensata dalla correlativa sopravvalutazione del proprio patrimonio sociale; ugualmente, se una medesima persona ha una partecipazione (di controllo) di diverso ammontare in ambo le società che si fondono, avrà interesse a deprimere la valutazione patrimoniale della società in cui

obblighi anche quello di controllare la regolarità fiscale delle operazioni societarie, onde evitare l'esposizione al rischio di sanzioni, e di verificare in genere termini e condizioni dell'operazione (comprese le garanzie rilasciate dalla società e quelle ottenute dalla stessa) che possano esporre la società a perdite ingiustificate³³³.

Analogamente, i sindaci devono analizzare le valutazioni di aziende o di rami d'azienda in modo da verificare se vi siano dei pregiudizi per la società e così indirettamente per i soci di minoranza e per i creditori: basti pensare all'importanza della perizia di stima richiesta ai sensi degli artt. 2343 e 2465 cod. civ. per i conferimenti in natura in società di capitali (comprensivi quindi dei conferimenti d'azienda³³⁴) e alle valutazioni inerenti al rapporto di concambio nella fusione e nella scissione; come pure alle valutazioni richieste all'organo amministrativo in caso di scissione ex art. 2506-ter cod. civ. ai sensi della quale "la relazione dell'organo amministrativo deve indicare il valore effettivo del patrimonio netto assegnato alle società beneficiarie e di quello che eventualmente rimanga nella società scissa", valutazione che oltretutto risulta fondamentale anche per individuare i limiti della responsabilità solidale di cui all'art. 2506-quater, terzo comma, c.c..

ha una minore partecipazione per compensare anche in tal caso vantaggiosamente tale sottovalutazione in virtù della maggiore partecipazione nell'altra società il cui patrimonio è stato correlativamente sopravvalutato. In entrambe le ipotesi prospettate tipiche delle fusioni infragruppo e funzionali ad "accorciare" la catena del controllo onde favorire l'afflusso di dividendi alla capogruppo tutti i soci delle società il cui patrimonio è stato sottovalutato nei confronti del patrimonio dell'altra società partecipante alla fusione, subiranno un pregiudizio: partecipare, cioè, al patrimonio complessivo della società incorporante o risultante dalla fusione in misura inferiore all'effettivo rapporto tra i valori dei patrimoni delle società che si fondono; tuttavia, mentre il socio di maggioranza compenserà vantaggiosamente tale danno in virtù dell'accennato collegamento, i soci di minoranza resteranno gli unici a subire, senz'alcun vantaggio, la sottovalutazione della partecipazione".

³³³ Tanto è vero che anche i principi di comportamento redatti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili prevedono che "i sindaci nel vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione accertano, sulla base delle informazioni ricevute, che gli amministratori non compiano operazioni [...] volte a prevaricare o modificare i diritti attribuiti dalla legge o dallo statuto ai singoli soci".

³³⁴ In caso di conferimento d'azienda, i sindaci della società conferente e di quella conferitaria controllano che i criteri utilizzati nella determinazione del valore di conferimento e del valore delle azioni o quote ricevute in corrispettivo siano tecnicamente corretti, allo scopo di verificare, a tutela di soci e creditori, l'integrità del patrimonio sociale. Sulla finalità di tutela dei creditori sottesa all'art. 2343 c.c., si veda PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 237 ss..

Qualora tali relazioni non fossero soddisfacenti per quantità e qualità delle informazioni, i sindaci dovrebbero quindi pretendere dagli amministratori l'integrazione delle stesse con maggiori dettagli ³³⁵; e, nei casi in cui vi fossero dei fondati sospetti, eventualmente effettuare una ulteriore e specifica valutazione anche attraverso il coinvolgimento di consulenti indipendenti, in grado di comprendere la correttezza dei piani industriali e finanziari presentati dagli amministratori.

Laddove poi l'operazione venisse approvata nonostante i rilievi dei sindaci e senza adeguata motivazione, il rimedio - ancora una volta posto a tutela dei soci e dei creditori - potrebbe forse essere quello della estensione della possibilità di impugnazione da parte dei sindaci della deliberazione consiliare: in tal modo, l'impugnativa promossa dai sindaci potrebbe prevenire un danno per i soci e i creditori e quindi costituire quello strumento di sorveglianza preventivo che auspicabilmente dovrebbe essere riconosciuto al Collegio Sindacale.

(ii) Anche nel caso di ricorso al capitale di debito, il Collegio Sindacale dovrebbe poter segnalare il proprio dissenso sulla operazione che preveda un nuovo affidamento bancario o l'emissione di un prestito obbligazionario e che non appaia sostenibile per l'insufficienza dei mezzi patrimoniali a far fronte a tale ulteriore indebitamento: infatti, tra i principi di corretta amministrazione deve ammettersi quello del giudizio di congruità tra capitale proprio e di terzi, con la conseguenza che, qualora il dissenso sindacale fosse trascurato senza una adeguata motivazione, dovrebbe essere concessa ai sindaci la possibilità di impugnare la deliberazione, anche a tutela delle aspettative degli altri creditori della società.

Diversamente opinando, si arriverebbe a negare che l'obbligo di vigilare sulla consistenza della struttura finanziaria e patrimoniale della società implichi la possibilità di intervento dei sindaci allorquando venga rilevato il rischio che l'insufficienza patrimoniale comprometta la capacità di far fronte alle proprie obbligazioni, creando i presupposti per un futuro fallimento nel quale proprio l'eccessivo indebitamento potrebbe pregiudicare le pretese di soddisfacimento dei

³³⁵ Cfr. PEROTTA-BEROLI, (nt. 327), 99-102.

creditori nella fase di liquidazione dell'attivo ³³⁶. E non può dubitarsi che un tal rischio dovrebbe rappresentare un ostacolo all'applicazione indiscriminata della business judgment rule volta a impedire censure alla decisione, tipicamente di gestione, su come la società debba finanziarsi: ciò anche perchè in simili casi gli stessi creditori potrebbero agire direttamente ex art. 2394 c.c. per far valere la responsabilità degli amministratori che hanno messo in pericolo la garanzia costituita dal patrimonio sociale.

Vi è tuttavia da considerare che, sotto questo punto di vista, una estensione del potere di impugnativa potrebbe anche creare delle significative problematiche dal punto di vista pratico. Infatti, la verifica della qualità del patrimonio sociale non può basarsi solo sui dati di bilancio e sulle informazioni contabili in possesso del Collegio Sindacale, ma deve passare anche attraverso il giudizio consapevole sui punti di forza e di debolezza dell'impresa e quello prognostico sulla evoluzione del settore di riferimento ³³⁷. Una valutazione, questa, che è di natura imprenditoriale e che potrebbe essere particolarmente ardua laddove la società non si trovasse in una crisi strutturale, ma soltanto in una temporanea insufficienza di liquidità, e non vi fosse margine per la sottoscrizione di un aumento di capitale da parte dei soci: in tal caso, i sindaci si troverebbero nella delicata posizione di dover decidere se far prevalere gli interessi dei creditori (i quali potrebbero non avere intenzione di concorrere con altri soggetti eventualmente disposti a finanziare la società) oppure l'opposta esigenza di evitare un dissesto che potrebbe essere risolto attraverso un ulteriore ricorso a finanziamenti esterni ³³⁸.

³³⁶ Cfr. CHIARAVIGLIO, (nt. 158), 19. In tal senso, in giurisprudenza, Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, pubblicata in *Le Società*, 1998, 1025 ss..

³³⁷ Come osservato da MANCINELLI, *Principi di corretta amministrazione e patrimonio sociale: evoluzione dei controlli*, in *Le Società*, 2005, 553-554, possono assumere rilevanza anche i "rischi connessi, pur in presenza di un cospicuo patrimonio, alla inesistenza o sostanziale inadeguatezza del *management*, a quelli relativi a un imminente passaggio generazionale non adeguatamente preparato, ad insufficienti investimenti in ricerca e sviluppo in determinati settori ad alta tecnologia, alla mancanza di controlli incrociati e, in generale, ad un inadeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile".

³³⁸ Cfr. MANCINELLI, (nt. 337), 554.

(iii) Infine, l'impugnazione delle deliberazioni consiliari potrebbe risolversi in uno strumento efficace di tutela ex ante anche con riferimento alla predisposizione degli assetti di controllo.

Infatti, laddove il Collegio Sindacale - opportunamente coinvolto nella fase di progettazione - accertasse l'inadeguatezza del sistema di controllo interno, dovrebbe in via preventiva segnalare agli amministratori i difetti riscontrati e le conseguenti, necessarie, migliorie da apportare, e qualora gli amministratori dovessero senza ragionevole motivazione omettere di assumere gli opportuni correttivi, il Collegio Sindacale dovrebbe poter impugnare la deliberazione consiliare con la quale vengano approvati assetti di controllo che siano ritenuti inadeguati.

Benchè nel precedente capitolo si sia dubitato della compatibilità di un sindacato sugli assetti di controllo con il principio della business judgement rule nelle società "comuni", si potrebbe sostenere che una lettura maggiormente orientata all'esigenza di assicurare il rispetto dei principi di corretta amministrazione e di tutelare gli interessi di creditori e degli investitori, specie nelle società quotate e più articolate, potrebbe forse condurre a superare le perplessità in quella sede sollevate e quindi a ridurre l'ostacolo della insindacabilità di una scelta operativa di tale rilevanza organizzativa che non coinvolge aspetti di mero business, ma l'essenza stessa del sistema di controllo, quale strumento di supporto agli amministratori nella gestione e così nel tempestivo adempimento dei loro doveri e quale mezzo di verifica di eventuali loro violazioni³³⁹.

In proposito, è sufficiente considerare quanto sia necessario un intervento immediato in determinate situazioni patologiche come, per esempio, in caso di perdite rilevanti ex artt. 2446-2447 c.c. oppure al verificarsi di una causa di scioglimento ex art. 2485 primo comma c.c.: in questi casi è evidente che la presenza di efficienti e funzionanti assetti di controllo contabile possa, da un lato, fornire agli amministratori le informazioni che siano necessarie per assolvimento dei loro compiti, e, dall'altro lato, consentire ai sindaci quel monitoraggio costante dell'andamento della società e del suo stato patrimoniale e finanziario che è

³³⁹ Di questo avviso, ANGELICI, (nt. 151), 371.

appunto essenziale per rilevare eventuali situazioni che impongano loro gli interventi richiesti dalla legge ³⁴⁰.

Gli assetti contabili, e, in genere, il sistema di controllo interno, consentono in definitiva di evitare che, pur in presenza di perdite, una società continui a operare e così aggravi il proprio dissesto a danno di creditori, anche futuri, delle società e, in generale, di chi decida di investire nella società: un valido motivo per ampliare l'ambito di esercizio del potere di impugnativa del Collegio Sindacale, facendo sì che l'attività di supervisione sulla predisposizione degli assetti di controllo sia davvero efficace e soprattutto possa essere espressa ex ante e impedire l'adozione stessa di procedure inadeguate e potenzialmente pregiudizievoli.

3.11. Il potere di convocazione dell'Assemblea, del Cda e del Comitato esecutivo.

L'ampliamento del potere dei sindaci di impugnare le delibere consiliari e assembleari al caso in cui le stesse siano lesive degli interessi delle minoranze e dei creditori potrebbe come si è detto comportare delle invasioni – non necessariamente giustificate in concreto - nella sfera gestionale che deve rimanere di competenza esclusiva degli amministratori. E' quindi importante che l'attività di controllo dei sindaci si espliciti in modo da evitare interferenze che ledano le legittime prerogative decisionali di altri organi, ma che nel contempo possa contribuire all'assunzione di decisioni che siano legittime e utili alla salvaguardia degli interessi coinvolti.

Risulta dunque di primaria importanza valorizzare, già prima che una delibera sia formalmente assunta, l'attività di controllo ex ante da parte dei sindaci.

Sotto questo profilo, l'obbligo dei sindaci di partecipare alle riunioni assembleari, a quelle consiliari e, soprattutto, a quelle del comitato esecutivo, consente loro di intervenire direttamente nel momento preparatorio delle più importanti decisioni aziendali e così di interloquire sulle soluzioni prospettate, eventualmente anche

³⁴⁰ Cfr. IRRERA, (nt. 16), 80.

contestandole e segnalando i rischi connessi ove una certa decisione fosse comunque assunta: e ciò anche in ottemperanza al disposto del 2 comma dell'art. 2407 c.c. che ritiene responsabili i sindaci quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero correttamente vigilato ³⁴¹.

Se poi, rispetto a una decisione consiliare, gli amministratori dovessero comunque procedere con il deliberato, nonostante il dissenso espresso dal Collegio Sindacale, quest'ultimo, pur in assenza di un potere di veto, non sarebbe del tutto privo di rimedi perché – in ottica di intervento ex ante - potrebbe intimare al consiglio di amministrazione di soprassedere all'attuazione di quella decisione e di sottoporla ai soci convocando l'assemblea .

A questo proposito, il potere dei sindaci di convocare l'assemblea dei soci potrebbe rappresentare un efficace strumento di controllo ex ante meritevole di estensione applicativa per includervi ipotesi che siano meritevoli di interventi preventivi dell'organo di controllo.

Come noto, il primo comma dell'art. 2406 c.c. impone al Collegio Sindacale di convocare l'assemblea in caso di omissione o anche solo ingiustificato ritardo da parte degli amministratori. Il secondo comma dell'art. 2406 c.c. prevede invece che il Collegio Sindacale, previa comunicazione al presidente del Consiglio di Amministrazione, possa convocare direttamente l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili "di rilevante gravità", in quanto non rispettosi della legge o dello statuto ovvero contrari ai principi di buona amministrazione, e vi sia urgente necessità di provvedere.

In quest'ottica, una lettura orientata agli interessi dei creditori potrebbe indurre a riempire di contenuto la clausola generale "di rilevante gravità", consentendo così ai sindaci di convocare l'assemblea anche in caso di una operazione che appaia vantaggiosa per la società (e, di conseguenza, per i soci), ma nel contempo fortemente pregiudizievole per il ceto creditorio.

³⁴¹ Cfr. CESARONI, (nt. 108), 114. In giurisprudenza, si veda Cass., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro It.*, 2011, 1686, con nota di NAZZICONE, che ha segnalato l'importanza di un tempestivo esercizio da parte dei sindaci del potere di convocazione dell'Assemblea per sfuggire ad eventuali addebiti di responsabilità.

Va però detto che un limite all'efficacia del potere sindacale di convocazione dell'assemblea, quale strumento di tutela dei creditori e dei soci di minoranza e degli investitori, deve individuarsi nel fatto che l'assemblea non è in grado - e, talvolta, non ha interesse - a opporsi all'operato del *management*, posto che l'autonomia dell'Assemblea rispetto al Consiglio di Amministrazione può essere più formale che sostanziale, allorché l'Assemblea non sia l'organo di rappresentanza dei diversi interessi di cui tutti i soci sono portatori, ma la sede in cui i soci di maggioranza, o perlomeno i soci con pacchetti azionari rilevanti (magari legati da patti parasociali), fanno prevalere i loro interessi. Se gli azionisti che esprimono il voto di maggioranza in ambito assembleare sono quelli che (come solitamente accade) sono rappresentati in misura rilevante nel Consiglio di Amministrazione e devono essere considerati come quelli maggiormente interessati alla gestione societaria, ecco che viene a mancare un vero interlocutore del Collegio Sindacale in grado di dare concretezza all'attività di controllo dello stesso e a tutelare in modo efficace gli interessi delle minoranze e dei creditori.

Per questo motivo non si dovrebbe riporre eccessivo affidamento sul potere di convocazione attribuito ai sindaci dal secondo comma dell'art. 2406 c.c. che peraltro si differenzia in modo sostanziale dal potere di convocazione che l'art. 151 TUF riconosce ai sindaci delle società "aperte": questa norma riconosce infatti il potere di convocazione a ciascuno dei membri del Collegio Sindacale, ed è esercitabile sia nei confronti dell'Assemblea (in questo caso però la convocazione deve essere fatta da almeno due sindaci ³⁴²) sia nei confronti del Consiglio di Amministrazione e del Comitato Esecutivo e può essere esercitato senza il limite dell'esistenza di fatti censurabili di rilevante gravità né dell'urgente necessità di provvedere ³⁴³.

³⁴² L'ottenimento del consenso di almeno due sindaci consente di evitare un utilizzo strumentale da parte del sindaco di minoranza del diritto di convocare l'assemblea per ostacolare il corretto andamento dell'attività sociale. Si tratta però di una scelta, quella del Legislatore, che, nel momento in cui ci si ponga nell'ottica di evitare *ex ante* abusi da parte della maggioranza, sembra discutibile posto che eventuali condotte di "mero disturbo" da parte del sindaco di minoranza ben potrebbero essere risolte attraverso una sua revoca per giusta causa.

³⁴³ Cfr. BERTELOTTI, (nt. 4), 308. Occorre tuttavia dare atto dell'avverso orientamento che ritiene esercitabile il potere di convocare l'assemblea nelle società quotate solo laddove il confronto, necessariamente precedente, con il comitato esecutivo e il consiglio di amministrazione non abbia avuto esito positivo: di questo avviso, CHIAPPETTA, (nt. 20), 164.

Il diverso campo di applicazione delle due norme sembra frutto di una precisa scelta del legislatore dettata dall'esigenza, avvertita più intensamente nelle società "aperte", di garantire una più immediata reazione a eventuali irregolarità della società a danno di creditori e investitori³⁴⁴.

A tal fine, di particolare rilievo è il potere di convocare il Consiglio di Amministrazione e il comitato esecutivo che, essendo riconosciuto a ciascun componente dell'organo di controllo, è esercitabile anche dal solo sindaco di minoranza, a differenza di quanto previsto per la convocazione dell'Assemblea che richiede il consenso di almeno due componenti: è pur vero che le osservazioni dei sindaci non vincolano gli amministratori, ma non vi è dubbio che in tal modo i sindaci costringono gli amministratori a valutare le obiezioni dei sindaci, a considerare le iniziative "suggerite" per eliminare le irregolarità riscontrate e a fronteggiare le loro eventuali responsabilità, riconoscendo ai sindaci una sorta di funzione "deterrente".

3.12. La denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c.

L'esigenza di assicurare una tutela *ex ante* ai diversi interessi riferibili alla gestione societaria potrebbe essere soddisfatta concretamente ove si ammettesse la legittimazione dei sindaci di agire anche in via cautelare, in modo da impedire che atti di amministrazione (di cui venga presunta la dannosità) possano essere portati a compimento nel periodo che preceda il momento in cui in ipotesi l'assemblea convocata dai sindaci si riunisca e assuma una decisione sui temi oggetto della convocazione sindacale³⁴⁵.

³⁴⁴ Così ancora BERTOLOTTI, (nt. 4), 308; di diverso avviso, CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 47, che individua la ratio della diversa articolazione dei poteri dei sindaci nelle società quotate non tanto nell'esigenza di tutelare maggiormente gli interessi di creditori e investitori quanto invece nel perseguimento di scopi di razionalizzazione organizzativa e ottimizzazione della funzionalità del collegio sindacale.

³⁴⁵ Come osservato da CECCHI-CORSINI-MENESTRINA, (nt. 93), 91, l'opportunità di consentire ai sindaci di agire in via cautelare potrebbe giustificarsi con l'esigenza di tutelare non soltanto chi, con l'impresa vanta interessi attuali in quanto titolare di relazioni di rilevanza economica-giuridica, ma anche chi potenzialmente vanta interessi futuri, potendo nel frattempo acquisire quote di capitale e prestare finanziamenti.

Senonché, il ricorso a simili provvedimenti presuppone una forte ingerenza dei sindaci nel merito dell'attività gestionale e consentirebbe, seppur attraverso la pronuncia dell'Autorità giudiziaria, l'ottenimento di provvedimenti inibitori che solo l'organo amministrativo o l'assemblea dei soci dovrebbero poter richiedere: per ciò, il potere dei sindaci deve limitarsi a quello della convocazione dell'Assemblea oppure a quello di richiedere la sospensione dell'esecuzione di una delibera impugnata che non sia stata ancora eseguita, non potendo invece competere al Collegio la legittimazione a chiedere e ottenere l'emissione di provvedimenti urgenti.

La ragione principale per non riconoscere la legittimazione dei sindaci ad agire in via cautelare potrebbe poi individuarsi soprattutto nel fatto che, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, il nostro ordinamento ha esteso in loro favore la possibilità di adire l'Autorità Giudiziaria nel caso in cui, come previsto dall'ultimo comma dell'art. 2409 cod. civ. (applicabile anche alle società "aperte" ex art. 152 TUF), abbiano il "fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione, tali da poter arrecare danni alla società o ad una o più delle sue controllate": ed è questo il contesto in cui l'Autorità Giudiziaria potrebbe, se del caso, intervenire, concedendo i provvedimenti cautelari ritenuti opportuni ³⁴⁶.

In questo senso, è significativo osservare che nella disciplina delle s.r.l. non è richiamato l'art. 2409 c.c., e ciò proprio perchè in questo tipo di società una simile disposizione risulterebbe superflua in quanto vi è già la possibilità per ciascun socio di proporre l'azione di responsabilità e richiedere in quella sede dei provvedimenti

³⁴⁶ Cfr. VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992, 119 ss.; v. anche SALAFIA, (nt. 235), 59-60; ID., *Il controllo giudiziario a norma dell'art. 2409 c.c. nell'esperienza del Tribunale di Milano*, in AA.VV., *Il controllo sul funzionamento delle società per azioni*, Napoli, 1974, 67-68; ID., *sub art. 2409*, in GHEZZI (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI-BIANCHI-GHEZZI-NOTARI, Milano, 2005, 319-320; MARCINKIEWICZ-PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989, 573; VALITUTTI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Torino, 2013, 181 ss., il quale segnala che, dopo la riforma del 2003, il comma 4 dell'art. 2409, benchè non faccia più esplicito riferimento a provvedimenti "cautelari", consente al tribunale la più ampia discrezionalità nel scegliere quali siano gli opportuni "provvedimenti provvisori" da porre in essere per risolvere le irregolarità riscontrate.

cautelari, compresa la revoca degli amministratori ex art. 2476 terzo comma c.c.³⁴⁷: da qui, a contrario, la conclusione che la possibilità offerta ai sindaci di società per azioni di adire l'Autorità Giudiziaria ex art. 2409 c.c. dovrebbe escludere l'ulteriore possibilità di chiedere autonomamente l'emanazione di provvedimenti cautelari.

Ciononostante, è evidente che di per sé il rimedio offerto dall'art. 2409 c.c. costituisce pur sempre uno strumento di tutela *ex ante*, in quanto non richiede l'esistenza di un danno già realizzato nei confronti della società o di una o più delle società da questa controllata, ma fa riferimento a un rischio di danno ³⁴⁸.

Si tratta quindi di una disposizione che ha una portata più ampia di quella contenuta nell'art. 149 TUF che prevede l'obbligo informativo dei sindaci nei confronti della Consob in caso di "irregolarità [non potenziali, ma già] riscontrate nell'attività di vigilanza", ma che per contro, come già ricordato, si differenzia da quanto previsto dall'art. 52 TUB che, in ambito bancario, crea lo strumento più incisivo a tutela degli interessi sottesi all'attività di controllo del Collegio Sindacale: tale norma infatti pone maggiormente l'accento su una forma di controllo di tipo preventivo attraverso il riferimento esplicito alla "potenziale irregolarità" dei fatti che devono essere comunicati a Banca d'Italia, mettendo così in risalto l'esigenza

³⁴⁷ Così ABRIANI, *Il collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 204-205.

Seppur vi sia dibattito in dottrina, l'opinione maggioritaria sembra essere quella favorevole all'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c. nell'ambito delle s.r.l.. In tal senso, si rinvia a: ABRIANI, *sub art. 2477*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da BENAZZO e PATRIARCA, Torino, 2006, 389; BENAZZO, (nt. 13), 392; GUIDOTTI, *Il controllo giudiziario nella s.r.l. con collegio sindacale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 219; MONTAGNANI, *Il controllo del socio sulla gestione nella società a responsabilità limitata*, in *La società a responsabilità limitata in Italia e Spagna. Due ordinamenti a confronto*, a cura di ABRIANI e IRUJO, Milano, 2008, 484 ss.. *Contra*: SALAFIA, *Legittimazione dei sindaci della s.r.l. a denunciare al Tribunale le irregolarità amministrative*, in *Le Società*, 2010, 1098 ss.; ZANARONE, (nt. 285), 1168 ss.; VALITUTTI, (nt. 346), 86-106. In giurisprudenza, è d'obbligo richiamare Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. comm.*, 2006, II, 798 ss., con nota di RIMINI, *L'art. 2409 c.c. e le s.r.l., dopo l'intervento della Consulta, che ha ritenuto non applicabile l'art. 2409 c.c. nell'ambito delle s.r.l.*; di recente, in senso contrario all'applicazione dell'art. 2409 c.c. nelle s.r.l.: Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Le Società*, 2010, 665, con nota di CARDARELLI; Trib. Venezia, 13 marzo 2013, in *Le Società*, 2013, 1345 ss.; Trib. Firenze, 25 ottobre 2011, in *Le Società*, 2012, 5 ss., con nota di SALAFIA; App. Roma, 13 aprile 2005, in *Giur. It.*, 2006, 175 ss. con nota di MARRA. Sul punto si veda anche quanto statuito da Tribunale Milano, 26 marzo 2010, in *Le Società*, 2010, 820 ss., con nota di DE ANGELIS e in *Giur. comm.*, 2011, 1053 ss. con nota di DALMARTELLO; Trib. Napoli, 08 ottobre 2008, in *Le Società*, 2010, 207 ss.; Trib. Milano, 08 luglio 2005, in *Foro It.*, 2006, 1239 ss.; Trib. Roma, 06 luglio 2004, in *Le Società*, 2005, 359 ss.; Trib. Udine, 01 luglio 2004, in *Le Società*, 2005, 367 ss..

³⁴⁸ Cfr. PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008, 108 ss.; v. anche BENAZZO, (nt. 13), 414, nota 51; VALITUTTI, (nt. 346), 58-62.

che i sindaci percepiscano le anomalie gestionali sin dal loro momento genetico, attraverso una valutazione e (se del caso) una reazione *ex ante*, che prescindono dalla gravità del fatto e dal raccordo causale con un danno alla società³⁴⁹.

L'anomalia rinvenibile nel rimedio offerto dall'art. 2409 cod. civ. - rispetto a quanto ricavabile dalla normativa di cui all'art. 52 TUB in tema di obblighi informativi verso Banca d'Italia - è che la denuncia dovrebbe dimostrare l'esistenza di una diretta relazione causale tra le irregolarità commesse e i danni che possono derivarne, sicché i sindaci potrebbero essere disincentivati dall'assumere iniziative che non siano supportate da sufficienti prove riguardo all'esistenza del danno che potrebbe essere difficilmente percepibile al momento del deposito del ricorso ex art. 2409 c.c.. Circostanza, questa, che tuttavia risponde a un chiaro intento del Legislatore di evitare ricorsi all'Autorità Giudiziaria che non siano stati adeguatamente ponderati, nonostante ciò potrebbe limitare significativamente la tutela *ex ante* delle minoranze assembleari e dei creditori³⁵⁰.

Si deve poi notare che l'art. 2409 c.c. non fa alcun riferimento a ipotesi che, ancorché non dannose (anzi magari vantaggiose) per la società e per le sue controllate, possano produrre dei danni potenziali ai soci di minoranza, ai creditori, e, in genere, ai terzi investitori³⁵¹. Pertanto, dall'ambito di operatività della norma, se applicata testualmente, potrebbero restare escluse le situazioni di illegalità, come quelle riguardanti le manipolazioni di bilancio, da cui, perlomeno nel breve periodo, non deriva un danno per la società, quanto per assurdo il vantaggio (illegittimo e precario) di offrire una rappresentazione alterata della propria situazione economico e finanziaria³⁵².

³⁴⁹ Cfr. LEMME, (nt. 164), 117.

³⁵⁰ Cfr. CESARONI, (nt. 108), 126; v. anche LENER, *I controlli esterni e protezione delle minoranze nelle società quotate*, in AMATUCCI (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate. Ordinamenti ed esperienze a confronto*, Milano, 2005, 173-175. Sul punto, si veda quanto stabilito da App. Milano, 29 giugno 2012, in *Le Società*, 2012, 1099 ss., che, proprio sulla base del dettato letterale dell'art. 2409 c.c., ha escluso l'esistenza di "gravi" irregolarità in assenza di un danno al patrimonio sociale o di un grave turbamento dell'attività della società.

³⁵¹ Cfr. MANDELLI, *I "sindaci" di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2009, I, 466. In giurisprudenza, nel senso di escludere l'ammissibilità del ricorso ex art. 2409 c.c. per evitare danni a singoli soci, creditori e terzi investitori, Trib. Napoli, 22 giugno 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 949 ss., con nota di ACCETTELLA.

³⁵² Cfr. CESARONI, (nt. 108), 126-127; v. anche: SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003 155; ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*,

In tal modo però gli interessi sottesi all'attività di controllo dei sindaci, che possono non coincidere nel singolo caso con il concetto generico e indefinito di "interesse sociale", non vengono in considerazione: ed è questo il motivo per cui il dettato dell'art. 2409 c.c. non può che essere interpretato estensivamente, così da rendere attivabile il ricorso all'Autorità Giudiziaria anche soltanto in caso di un danno potenziale nei confronti di creditori³⁵³ e di investitori³⁵⁴.

Occorre però chiedersi se davvero il rimedio previsto dall'art. 2409 c.c. sia volto a tutelare gli interessi esterni appena menzionati oppure se il dato letterale della norma induca a propendere per l'esigenza di tutelare solo l'interesse dei soci, o, nell'ambito di questi ultimi, soltanto dei soci di minoranza.

A favore della tesi volta a individuare un interesse degli *stakeholders* nel ricorso al Tribunale da parte dei sindaci, si potrebbe osservare che, in ambito bancario, l'art. 70 comma 7 TUB, dopo aver stabilito l'inapplicabilità dell'art. 2409 c.c., riprende testualmente il disposto di quest'ultimo articolo, prevedendo che i sindaci possono denunciare a Banca d'Italia le "gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate": dunque, sull'assunto che vi è un evidente interesse esterno sotteso ai flussi informativi previsti a favore di Banca

Milano, 2005, 29 ss.; SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Le Società*, 2002, 1330; DALMOTTO, *sub art. 2409*, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, diretto da CHIARLONI, Bologna, 2004, 1233.

³⁵³ In giurisprudenza, Corte d'Appello Bologna, 20 dicembre 1991, in *Le Società*, 1992, 653, con nota di AMBROSINI; Trib. Napoli, 14 luglio 1993, in *Le Società*, 1993, 1499; Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, 459, con nota di CONTE; Trib. Napoli, 19 dicembre 1983, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1984, 624, con nota di MIOLA. Più di recente, Trib. Novara, 21 maggio 2012, inedita; App. Salerno, 19 luglio 2005, inedita; Trib. Messina, 29 maggio 2002, in *Le Società*, 2003, 747 con nota di SPALTRO; Trib. Trapani, 10 agosto 2001, in *Le Società*, 2002, 868, con nota di SALAFIA.

³⁵⁴ L'importanza degli interessi ai fini dell'interpretazione dell'art. 2409 c.c. era stata già evidenziata da PRINCIPE, (nt. 348), 107 ss.; cfr. anche RUBINO DE RITIS, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.: irregolarità fiscali, revoca dei soli amministratori, spese del procedimento*, in *Il Foro Napoletano*, II, 1999, 152; TETI, *Il controllo giudiziario*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 558 ss.; TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in ABBADESSA-PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 138-139 e 142-144, che ammette, per esempio, il ricorso ex art. 2409 c.c. in tutti quei casi in cui viene meno il rapporto di fiducia tra amministratori e minoranza, individuando il bene tutelato dalla norma non solo nel patrimonio sociale, ma anche nella vita associativa complessivamente intesa e, quindi, nell'interesse patrimoniale dei soci di minoranza. In senso contrario, sull'assunto che il controllo giudiziario si fonda sulla violazione dei doveri e non sulla lesione degli interessi, VITRÒ, *Il controllo giudiziario delle imprese collettive. Le regole del Sarbanes-Oxley Act*, Milano, 2007, 264

d'Italia³⁵⁵, la scelta di rendere inapplicabile l'art. 2409 c.c. in ambito bancario potrebbe essere giustificata non tanto perché diversi sono gli interessi sottesi ai due rimedi, ma soltanto per evitare duplicazioni e sovrapposizioni e rischi di conflitto tra l'autorità giudiziaria e quella creditizia.

A ciò si potrebbe per converso replicare che i soci mantengono il potere di sospendere la procedura giudiziale, per effetto della sostituzione degli amministratori (ed eventualmente degli stessi sindaci): sicchè, laddove in ipotesi il rimedio ex art. 2409 c.c. fosse stato attivato dal Collegio Sindacale proprio per evitare danni a interessi esterni alla società, vi sarebbe comunque la possibilità per la maggioranza di evitare il proseguimento della procedura e l'eventuale ispezione disposta dal Tribunale, vanificando in tal modo la presunta finalità "pubblicistica" del controllo giudiziario.

Ulteriore conferma della natura sostanzialmente "privata" della tutela ex art. 2409 c.c., potrebbe infine trarsi dalla considerazione che, nell'ottica di una tutela anche di interessi esterni, non si spiegherebbe la scelta legislativa del 2003 per cui si è mantenuta soltanto nell'ambito delle società "aperte" la legittimazione del pubblico ministero a ricorrere al Tribunale³⁵⁶: con la conseguenza che, solo in tali società, l'art. 2409 c.c. sembrerebbe rivolto a tutela non solo dell'interesse di quei soci che possono ricorrere al Tribunale (e cioè quei soci che rappresentano almeno un decimo del capitale sociale³⁵⁷), ma a tutela anche di un interesse al corretto andamento del mercato³⁵⁸.

³⁵⁵ Tanto è vero che, come osservato da SACCHI, (nt. 195), 710, l'informativa a favore di Banca d'Italia ex art. 70 TUB potrebbe comportare l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria o di liquidazione coatta amministrativa.

³⁵⁶ In senso critico rispetto alla mancata previsione di una legittimazione del pubblico ministero ad attivarsi in caso di gravi irregolarità nella gestione di una banca non quotata, SACCHI, (nt. 195), 709-710.

³⁵⁷ Si segnala che, con riferimento alle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, la legittimazione a ricorrere all'Autorità Giudiziaria ex art. 2409 spetta ai soci che rappresentano il ventesimo del capitale sociale e, come previsto dall'art. 152 2 comma, anche alla Consob.

³⁵⁸ Cfr. DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da RESCIGNO, 16, t. 2, Torino, 1985, 592; v. anche: CERA, (nt. 5), 374-377; COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1999, 460; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2004, 349; MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, 1106; PATRONI GRIFFI, (nt. 307), 337; QUATRARO-TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c.. Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1994, 3-15; TETI, (nt. 354), 561-562, il quale però giustifica la legittimazione del p.m. nelle sole società aperte non tanto con l'esistenza

Quanto sin qui sostenuto non toglie però il fatto che anche nelle società “chiuse” il rimedio ex 2409 c.c. sia comunque volto a ristabilire la legalità e la correttezza della gestione³⁵⁹ e che, in tale ottica, a nulla rileva la mancata previsione della legittimazione del pubblico ministero ad attivare la procedura giudiziale visto che, anche in ambito bancario, dove è innegabile l’esistenza di un interesse “pubblico” alla corretta gestione, non si ammette la possibilità per il pubblico ministero di denunciare le irregolarità riscontrate³⁶⁰.

Questa conclusione non è posta in discussione nemmeno dal fatto che la maggioranza dei soci potrebbe in ogni momento paralizzare la procedura davanti al Tribunale sostituendo gli amministratori: perché il riferimento a soggetti di “adeguata professionalità”, ma soprattutto la disposizione che impone a tali soggetti di “attiva[rsi] senza indugio per accertare se le violazioni sussistono e, in caso positivo, per eliminarle, riferendo al tribunale sugli accertamenti e le attività compiute”, implica una valutazione approfondita da parte del giudice sulla serietà dei rimedi proposti dai soci per regolarizzare la situazione e sulla loro concreta efficacia nel tempo. Del resto, come stabilito dallo stesso quarto comma dell’art.

di un presunto interesse “pubblico”, quanto invece nella circostanza che “la diffusione e la frammentazione dell’azionariato rende difficile il raggiungimento del quorum necessario per l’esercizio del potere di denuncia da parte delle minoranze”; PRINCIPE, (nt. 348), 70 ss.; VALITUTTI, (nt. 346), 40 ss. e 68-74. *Contra*, TERRANOVA, (nt. 354), 109-116 e 122-127, che esprime forti dubbi sulla tutela degli interessi dei soci di minoranza - che, secondo l’Autore, costituisce la ratio del coinvolgimento dell’Autorità Giudiziaria - e di un presunto “interesse pubblico” sotteso all’art. 2409 c.c. a causa di come in concreto si svolge la procedura giudiziale (specialmente se comparata alle procedure amministrative); con specifico riferimento all’intervento del pubblico ministero che è previsto solo nell’ambito delle società “aperte”, l’Autore a p. 135 ne individua la ratio non tanto nell’esigenza di tutelare interessi “pubblici” esclusivamente in tali società (e ciò sull’assunto che il pubblico ministero svolga un’attività “surrogatoria” rispetto a quella dei soci), bensì perché il suo coinvolgimento è necessario “quando le partecipazioni azionarie sono tanto frammentate e disperse, da rendere difficile il raggiungimento delle soglie (pur ridotte) richieste dalla legge per avviare la procedura”..

³⁵⁹ In quest’ottica, non è un caso che, nell’ambito delle società “chiuse”, il quorum previsto per l’esercizio dell’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori (pari a un quinto del capitale sociale) è il doppio di quello previsto per ricorrere ex art. 2409 c.c. all’Autorità Giudiziaria (pari al decimo del capitale sociale); inoltre, è significativo ricordare che soltanto con riferimento al ricorso ex art. 2409 c.c. è possibile diminuire tale quorum, mentre non è ammesso stabilire percentuali maggiori come invece si prevede ex art. 2393-bis 1 comma c.c. con riferimento all’esercizio dell’azione di responsabilità (a patto che il quorum così stabilito non sia superiore a un terzo del capitale sociale). In senso critico rispetto a queste scelte del legislatore, TETI, (nt. 354), 564.

³⁶⁰ Cfr. CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 206.

2409 c.c., laddove le attività poste in essere dai sostituti, non siano sufficienti all'eliminazione delle irregolarità, il Tribunale può disporre gli opportuni provvedimenti provvisori e convocare l'Assemblea per le relative deliberazioni, così come può decidere di nominare un amministratore giudiziario, determinandone i poteri e la durata.

In definitiva, si deve ritenere che la procedura prevista dall'art. 2409 c.c. può sì essere utilizzata *in primis* per tutelare i soci e, in particolare, quelli di minoranza, ma costituisce una potenziale tutela anche per quei soggetti che, non essendo direttamente legittimati a ricorrere all'autorità giudiziaria, possono pur sempre contare, in via mediata, sull'attivazione di questa procedura da parte del Collegio Sindacale e dal possibile intervento ex art. 70 c.p.c. – ammesso, naturalmente, anche nell'ambito di procedimenti relativi a società “chiuse” – del pubblico ministero quando quest'ultimo ravvisi un “pubblico interesse”³⁶¹.

Non sarebbe quindi immaginabile escludere il potere di denuncia del Collegio Sindacale, ad esempio, nel caso in cui il *management* ponga in essere atti fiscalmente irregolari, anche perchè, a fronte di un beneficio (illecito) immediato in termini di minore imposte pagate, sussiste il rischio di un accertamento fiscale e, quindi, di un danno potenziale per la società riconducibile all'eventuale esborso per le sanzioni comminabili³⁶²; così come non sarebbe evidentemente corretto impedire ai sindaci di ricorrere all'Autorità giudiziaria in caso di irregolarità contabili che alterino il bilancio che costituisce la fonte principale su cui creditori e investitori fanno affidamento, considerato oltretutto che pure in questo caso sarebbe riscontrabile un danno potenziale per la società, tale da legittimare il ricorso ex art. 2409 c.c., laddove l'irregolarità contabile avesse consentito alla società di continuare la sua attività e, in ipotesi, di aggravare il proprio dissesto: la minaccia di adire l'Autorità giudiziaria deve pertanto costituire un efficace deterrente contro simili condotte fraudolente da parte del *management* e dei soci di riferimento³⁶³.

³⁶¹ Cfr. BARTALINI, *Il controllo giudiziario*, in *Le Nuove S.p.a.*, diretto da CAGNASSO e PANZANI, Bologna, 2010, 576-577; v. anche AMBROSINI, (nt. 8), 48-49.

³⁶² Cfr. MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: il “modello latino”*, in *Le Società*, 2003, 1322; TETI, (nt. 354), 568; in questo senso, parrebbe essere anche CESARONI, (nt. 108), 127.

³⁶³ Del resto, come correttamente osservato da PRINCIPE, (nt. 348), 133, queste irregolarità possono ricondursi alla violazione dei principi di corretta amministrazione e, pertanto, dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 2409 c.c.. Per una elencazione dei casi in cui si può

Ciò detto, l'esigenza di tutelare con immediatezza il corretto perseguimento dell'interesse sociale (e, quindi, indirettamente tutti gli interessi sottesi all'attività di controllo dei sindaci) risulta poi determinante anche nel risolvere un ulteriore interrogativo che potrebbe pregiudicare l'idoneità del ricorso ex art. 2409 c.c. a costituire uno strumento di tutela *ex ante*: e cioè quello se il Collegio, prima di ricorrere a tale rimedio, debba quantomeno tentare di attivare gli strumenti endosocietari di reazione previsti dalla legge, dovendosi quindi ritenere sussistente una sorta di principio di "sussidiarietà" nell'esercizio dei poteri dei sindaci, in modo che il potere/dovere di denuncia al Tribunale sia la soluzione estrema, dopo aver tentato, inutilmente, di convocare gli amministratori per invitarli ad assumere un atteggiamento diverso, ovvero dopo aver cercato invano di provocare una decisione dei soci sul punto, convocando direttamente l'Assemblea³⁶⁴. In quest'ottica, l'esperimento da parte del Collegio Sindacale degli altri strumenti attribuitigli dalla legge diversi dal ricorso ex art. 2409 c.c. e, in particolare della priorità temporale dell'intervento dell'Assemblea rispetto all'intervento dell'Autorità Giudiziaria, si giustificerebbe proprio con la convinzione che il collegio sindacale debba mirare principalmente alla tutela del *principal* (i soci) nei confronti dell'*agent* (gli amministratori)³⁶⁵.

Ma così non è: perchè se è vero che i sindaci devono valutare tutte le alternative prima di decidere di attuare il meccanismo previsto dall'art. 2409 che potrebbe avere conseguenze significative sulla società ³⁶⁶ (per le quali gli stessi sindaci

attivare il meccanismo previsto dall'art. 2409 c.c., si veda, anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali, QUATRARO-TOSI, (nt. 358), 112-124; VALITUTTI, (nt. 346), 74-78.

³⁶⁴ Cfr. VALENSISE, (nt. 13), 205. In questo senso, in giurisprudenza, Cass. 17 settembre 1997 n. 9252 in *Le Società*, 1998, 1025, con commento di DOMENICHINI, nella quale si è ritenuto che il ricorso all'Autorità Giudiziaria ex art. 2409 c.c. "può divenire doveros[o], quando sia rimast[o], davvero, l'unic[o] praticabile in concreto, per poter legittimamente por fine alle illegalità di gestione riscontrate, o interrompere la successione di comportamenti *contra legem* che arrecano pregiudizio al patrimonio sociale". Di diverso avviso: App. Trieste, 28 marzo 2006, in *Le Società*, 2007, 582 ss.; Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. It.*, 2000, 2103 ss..

³⁶⁵ Così, CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 277.

³⁶⁶ Cfr. BERLOTTI, (nt. 4), 314-317; CATERINO, *Poteri dei sindaci*, (nt. 13), 209-210.

In dottrina si è sostenuto che le irregolarità per essere gravi "devono mostrarsi reiterate, ripetute e sistematiche in modo da trasformare l'organizzazione societaria da strumento funzionale al perseguimento dell'interesse sociale, in longa manus del solo gruppo di maggioranza": così DESARIO, *Il capitalismo italiano, la sua connotazione familiare e la denuncia ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 559; in senso conforme PRINCIPE, (nt. 348), 115-116; si esprime favorevolmente a

potrebbero essere addirittura chiamati a rispondere laddove il ricorso al giudice fosse stato palesemente eccessivo³⁶⁷), è altrettanto vero che imporre ai sindaci di ricorrere ex art. 2409 c.c. solo quando altri strumenti endosocietari siano stati esauriti, equivale a non considerare la gravità della singola situazione e i motivi di urgenza per ricorrere al Tribunale al fine di evitare il verificarsi di un danno irreparabile: per questo motivo, non può escludersi una diretta attivazione del rimedio previsto dall'art. 2409 c.c., quando i sindaci, sulla base di una valutazione prognostica che tenga conto dell'urgenza di porre fine alle irregolarità riscontrate, ritengano che l'esperimento degli altri strumenti a loro disposizione sia inutile³⁶⁸.

Infatti, l'art. 2409 richiede il "fondato sospetto di gravi irregolarità" e non un accertamento pieno da parte del Collegio Sindacale: indica, cioè, quegli elementi che non sono atti a provare le violazioni lamentate, bensì consentono di presumerle sussistenti e di ritenerle tali da creare un danno per la società, sicché il ricorso ex art. 2409 cod. civ. ha una funzione cautelare che appunto sarebbe sminuita ove l'attivazione degli altri strumenti endosocietari di reazione fosse posta come una condizione di procedibilità della denuncia al Tribunale³⁶⁹.

3.13. Riepilogo

A questo punto della trattazione si devono sinteticamente richiamare le conclusioni in merito alla possibilità per il Collegio Sindacale di svolgere anche nelle società

una valutazione non riferita a singoli atti, ma più ampia e riferita all'intera attività sociale, BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1215; nello stesso senso, BENCINI, *I sindaci fra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in ALESSI-ABRIANI-MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 486; in giurisprudenza, Trib. Como, 06 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1458 ss. con nota di MAINETTI. A mio parere, si tratta tuttavia di opinione non condivisibile posto che anche un singolo atto potrebbe rendere necessario il ricorso ex art. 2409 c.c. e il pericolo di un utilizzo avventato di questo strumento è comunque temperato dal fatto che la legittimazione al ricorso ex art. 2409 è attribuita all'organo nella sua collegialità e non ai suoi singoli membri, il che già di per sé presuppone un'adeguata ponderazione della decisione; dello stesso avviso, cfr. MAGNANI, (nt. 160), 1775 ss..

³⁶⁷ Dello stesso avviso, TETI, (nt. 354), 573-574.

³⁶⁸ Dello stesso avviso, AMBROSINI, (nt. 8), 45; BERTOLOTTI, (nt. 4), 317; TETI, (nt. 354), 573-574; VALENSISE, (nt. 13), 205.

³⁶⁹ Così, VALENSISE, (nt. 13), 207.

“comuni” un controllo *ex ante*, così da comprendere se i poteri attualmente attribuiti ai sindaci, ove esercitati in funzione dei diversi interessi sottesi alla loro attività di controllo, possano prevenire il compimento di operazioni dannose e non solo gestirne le conseguenze in via posticipata.

Deve anzitutto essere ricordato che ai sindaci nelle società “comuni” non sono stati attribuiti - nè sono attribuibili - dei poteri che possono esplicare una concreta efficacia interdittiva - come avrebbero il potere di veto o il potere di autorizzazione, la presenza dei quali avrebbe certo rafforzato l’idea di un controllo sindacale *ex ante* - per la loro incompatibilità con il modello italiano di *governance*, che può essere ritenuta superabile soltanto in ambito bancario per effetto del criterio della “sana e prudente gestione” ex art. 5 TUB.

E’ tuttavia innegabile che la caratteristica del Collegio Sindacale, come garante di un controllo meramente *ex post*, si è via via smarrita per effetto delle riforme che negli anni hanno inciso sui suoi poteri e sul suo ruolo: prima, con l’introduzione del TUF per le società “aperte”, e poi, con la riforma del 2003, anche per le altre società per azioni, è stato infatti posto l’obbligo a carico dei sindaci di essere presenti nel momento di assunzione delle decisioni attraverso la partecipazione non solo alle adunanze del Consiglio di Amministrazione, ma anche del comitato esecutivo, avendo quindi la possibilità di interagire già durante il processo decisionale e non potendo comportarsi come dei meri uditori.

Inoltre, i sindaci hanno nelle società “aperte” maggiori possibilità di prevenire, anche individualmente, l’assunzione di decisioni dannose: perchè, a differenza di quanto previsto nell’ambito della disciplina delle società “chiuse”, possono, senza una previa delibera dell’organo di controllo, convocare il Consiglio di Amministrazione e il comitato esecutivo e, pur in assenza di fatti censurabili di rilevante gravità, possono convocare con il consenso di almeno due sindaci l’Assemblea per gli opportuni provvedimenti.

Tuttavia, l’efficacia di questi poteri trova un limite nel fatto che gli amministratori restano comunque liberi di procedere, prescindendo dai rilievi dai sindaci, e che spesso i soci - in particolare quelli di riferimento - non hanno interesse a opporsi alle decisioni degli amministratori da loro stessi nominati. Per questo motivo è

necessario dar corso a una interpretazione dei poteri informativi e reattivi dei sindaci maggiormente orientata a favore di tutti gli interessi che possono ritenersi coinvolti dall'attività di controllo in modo tale da assicurare, anche in assenza di un vero e proprio potere dei sindaci di bloccare le decisioni del *management*, una vigilanza tempestiva rispetto a quegli atti di gestione che richiedano una tutela *ex ante* anche degli interessi dei soci di minoranza, dei creditori e, in genere, degli investitori.

A tal fine, il potere dei sindaci di impugnare le delibere consiliari e assembleari, ove correttamente esercitato, potrebbe per esempio impedire e ostacolare la realizzazione di operazioni straordinarie fortemente pregiudizievoli per interessi diversi da quelli dei soci di riferimento e degli amministratori; o evitare fin dall'origine la predisposizione di assetti di controllo inadeguati; come pure impedire l'assunzione di un eccessivo ricorso a finanziamenti che potrebbe mettere in pericolo la stabilità della società e ridurre le garanzie concesse ai creditori. In quest'ottica, una interpretazione estensiva anche del dettato dell'art. 2409 cod. civ. consentirebbe poi di prestare maggiore attenzione a tutti i diversi interessi sottesi all'attività del Collegio Sindacale, non limitandone la portata alla possibilità di ricorrere all'Autorità Giudiziaria una volta che siano stati già attivati gli altri strumenti di reazione previsti dalle legge oppure solo in caso di irregolarità che possano creare un danno alla società o alle sue controllate.

In conclusione, la presunta scarsa efficacia dei poteri di controllo attribuiti ai sindaci, e comunque la loro inidoneità a fornire una vera tutela *ex ante*, potrebbe essere ovviata attraverso una interpretazione più rigorosa delle modalità di esercizio dei poteri attribuiti al Collegio Sindacale affinché gli stessi siano volti alla salvaguardia di tutti quegli interessi correlati alla vita della società, e riferibili principalmente ai soci di minoranza e ai creditori, nonché, nelle società "aperte", alla tutela in via "mediata", e cioè per effetto del rispetto della legalità e dei principi di corretta amministrazione, anche dell'interesse "pubblico" al corretto andamento del mercato.

BIBLIOGRAFIA

INDICE DEGLI AUTORI

- ABBADESSA, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1975
- ABBADESSA, *L'assemblea nella s.p.a.: competenza e procedimento nella legge di riforma*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 542
- ABBADESSA, *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Aa.Vv., Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 3
- ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Abbadessa-Cesarini (a cura di), Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 4
- ABRIANI, *Il Collegio sindacale nelle società a responsabilità limitata*, in *Alessi-Abriani-Morera (a cura di), Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 169
- ABRIANI, *Il Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, 2
- ABRIANI, *sub art. 2477*, in *Codice commentato delle s.r.l.*, diretto da Benazzo e Patriarca, Torino, 2006, 382
- ABRIANI-GIUNTA, *L'organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001. Compiti e funzioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, 239
- ABRIANI-MEO-PRESTI (a cura di), *Società e modello "231": ma che colpa abbiamo noi?*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, n.2/2009
- ADAMS, *Governance and the Financial Crisis*, *ECGI Finance Working Paper no. 248*, 2009
- ADAMS-FERREIRA, *A Theory of Friendly Boards*, *The Journal of Finance*, 62, 2007, 217
- ALLEN-KRAAKMAN-SUBRAMANIAN, *Commentaries and cases on the law of the business organizations*, New York, 2007
- ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in *Alessi-Abriani-Morera (a cura di), Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 5

- AMBROSINI, *Nomina del collegio sindacale nelle società quotate: il c.d. sindaco di minoranza*, in *Riv. soc.*, 1999, 1103
- AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 27
- AMBROSINI, *I poteri dei sindaci*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 223
- AMBROSINI, *sub artt. 2400-2402*, in *Il nuovo diritto delle società. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 880
- ANGELICI, *La società per azioni. Vol. I, Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo e Mengoni e continuato da Schlesinger, Milano, 2012
- ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675
- ANGELICI, *La formazione della volontà societaria nell'assemblea e le decisioni dei soci*, in *Aa.Vv., Le società: autonomia privata e suoi limiti nella riforma*, Milano, 2003, 32
- ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2006
- ARLEN, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, NYU Law&Economics Research Paper n. 08-57, 2008
- ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta. 100 tesi per la riforma del diritto societario in Italia*, Bologna, 1997
- BAINBRIDGE-LOPEZ-OKLAN, *The convergence of good faith and oversight*, 55 *UCLA L. Rev.*, 2007-2008, 559
- BAINBRIDGE, *Corporate Governance after the Financial Crisis*, New York, 2012
- BAINBRIDGE, *The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*, 57 *Vand. L. Rev.*, 2004, 83
- BAINBRIDGE, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 *J. CORP. L.*, 2009, 967
- BALP, *sub art. 2409-octies*, in Ghezzi (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 3
- BARTALINI, *Il controllo giudiziario*, in *Le Nuove S.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, IV, Bologna, 2012, 569
- BELVISO, *Aspetti funzionali e organizzativi del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 651
- BENZAZZO, *I controlli interni nella s.r.l. dal 1942 al 2012*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, I, 23

- BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, in Benazzo-Cera-Patriarca (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 379
- BENCINI, *I sindaci fra denuncia di gravi irregolarità ed azione di responsabilità nei confronti degli amministratori*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 471
- BERETTA, *Valutazione dei rischi e controllo interno*, Milano, 2004
- BERTOLOTTI, *I sindaci*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. IV, Bologna, 2012, 205
- BERTOLOTTI, *Il collegio sindacale e la revisione dei conti*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. I, Bologna, 2012, 861
- BIANCHINI-DI NOIA, *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 3
- BLOCK-BARTON-RADIN, *The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors*, New York, 2009
- BOCHICCHIO, *Buy back e riduzione del capitale sociale*, Padova, 2000
- BONECHI, *Collegio sindacale e nuova disciplina della crisi d'impresa*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 513
- BONELLI, *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni (art. 2364 n. 4 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 5
- BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004
- BONELLI, *Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013
- BONELLI, *La "governance" delle imprese in crisi: norme di comportamento e centralità del collegio sindacale*, in *Corriere Tributario*, 2011, 3798
- BORGIOLI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982
- BRIOLINI, *Gli strumenti di controllo degli azionisti di minoranza sulla gestione*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 16
- BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5

- BUONOCORE, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 178
- BUFFA DI PERRERO, *I "controlli" nel modello monistico*, in *Aa.Vv., Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 133
- BUSSOLETTI, *Il procedimento ex art. 2409 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2003, 1212
- BUSSOLETTI, *Bilancio e revisione contabile: sette anni di disciplina all'ombra degli IAS e delle direttive comunitarie*, in *Riv. soc.*, 2011, 1116
- BUTA, *I diritti di controllo del socio di s.r.l.*, in *Abbadessa-Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 585
- BUTTARO, *Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1989, 366
- CACCHI PESSANI, *Corporate governance, sistema dei controllo e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d'America dopo il caso Enron*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 746
- CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy-out. L'art. 2501-bis e l'opposizione dei creditori alla fusione*, Milano, 2007
- CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, Torino, 1976
- CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985
- CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Benazzo-Cera-Patriarca (a cura di), Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 651
- CALANDRA BUONAURA, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 535
- CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Aa.Vv., Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 356
- CANTINO, *Corporate governance, misurazione della performance e compliance del sistema di controllo interno*, Milano, 2007
- CAPRIGLIONE, *I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 20
- CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988

- CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012
- CASELLI, *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 251
- CASTALDI, *Commento all'art. 37*, in Capriglione-Mezzacapo (a cura di), *Codice commentato della banca*, vol. 1, Milano, 1990, 488
- CATERINO, *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Bari, 2012
- CATERINO, *La funzione del collegio sindacale delle società quotate, tra "prevenzione" e "allerta" della crisi di impresa*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Belviso*, vol. I, Bari, 2011, 352
- CAVALLI, *I collaboratori dei sindaci nella disciplina dell'art. 2403-bis del Codice Civile*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. I, Padova, 1997, 707
- CAVALLI, *Il nuovo volto del collegio sindacale dopo il decreto legislativo 88/92*, in *Le Società*, 1997, 1001
- CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 55
- CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, vol. 5, Torino, 1988, 3
- CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in Ambrosini (a cura di), *Il nuovo diritto societario: profili civilistici, processuali, concorsuali, fiscali e penali*, I, Torino, 2005, 267
- CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori delle S.p.A.*, in *Riv. soc.*, 1968, 352
- CAVALLI, *Il controllo interno societario e gli interessi protetti*, in *Le Società*, 1998, 888
- CAVALLI, *Il collegio sindacale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, Società per azioni, vol 2**, Torino, 1996, 800
- CECCHI-CORSINI-MENESTRINA, *Rischi operativi, modelli dei controlli interni, organi societari*, Milano, 2004
- CERA, *I controlli nelle società di capitali "chiuse" fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 354
- CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001
- CESARONI, *Il collegio sindacale nella corporate governance delle società italiane. Profili economico-aziendali*, Torino, 2004
- CHIANTIA, *L'ostruzionismo nell'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2000

- CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, 2007
- CHIARAVIGLIO, *Sull'efficacia del controllo del collegio sindacale*, in Aa.Vv., *Il controllo sul funzionamento delle società per azioni*, Napoli, 1974, 5
- COCITO, *Il collegio sindacale*, Milano, 1970
- CORAPI, *I sistemi di amministrazione e controllo nella riforma delle società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 195
- CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 129
- CORRADO, *I controlli interni nel sistema monistico: osservazioni in merito a natura e funzioni del comitato per il controllo sulla gestione*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 189
- CORSI, *Il collegio sindacale*, in Aa.Vv., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, 211
- CORSI, *Poteri dell'assemblea e poteri del consiglio d'amministrazione in rapporto all'art. 2364, n. 4 del codice civile*, in *Foro it.*, 1974, I, 236
- COSSU, *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.*, Milano, 2013
- COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1270
- COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011
- COTTINO, *Il D.L. 24 febbraio 1998, n. 58*, in *Giur. it.*, 1998, 1295
- D'ANGELO, *Il collegio sindacale nelle società bancarie*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 557
- D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000
- DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2003, 183
- DAL SOGLIO, *Gli azionisti di minoranza di fronte agli aumenti di capitale abusivi*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 127
- DALMOTTO, *sub art. 2409*, in *Il nuovo processo societario. Commentario*, diretto da Chiarloni, Bologna, 2004, 1218
- DE ANGELIS, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in *Le Società*, 2006, 401

- DE CRESCIENZO, *La responsabilità*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. IV, Bologna, 2012, 139
- DE CRESCIENZO, *La gestione*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso-Panzani, vol. IV, Bologna, 2012, 71
- DENOZZA, *Conflitti e controlli in una società per azioni "complessa"*, in Aa.Vv., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 130
- DESARIO, *Il capitalismo italiano, la sua connotazione familiare e la denuncia ex art. 2409 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1997, II, 554
- DIVIZIA, *Il principio di continuità di funzionamento degli organi nelle società di capitali*, Milano, 2011
- DOMENICHINI, *sub art. 2405 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, 761
- DOMENICHINI, *Il controllo giudiziario sulla gestione delle s.p.a.*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, 589
- DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, 535
- DRAVIS, *The role of independent directors in corporate governance*, Chicago, 2010
- EISENBERG, *The board of directors and internal control*, in *Cardozo Law Review*, 1997, 19, 237
- EISENBERG, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 DEL. J. CORP. L. 1, 2006, 4
- ENRIQUES, *Breve commento sulla "natura" e il ruolo degli amministratori indipendenti*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 42
- FAISSOLA, *Problemi di attuazione delle normative sulla governance delle banche*, in Abbadessa-Cesarini (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 137
- FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitensi ed italiane a confronto*, in *Mercati finanziari e sistema dei controlli*, a cura di Beria di Argentine, Atti del convegno tenutosi a Courmayeur, Milano, 2005, 101
- FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, 2007, 5

- FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 49
- FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in Aa.Vv., *Controlli interni ed esterni delle società per azioni*, Milano, 1972, 13
- FERRI, *Le Società*, in Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985
- FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2010, 115
- FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, I, 38
- FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2/2007, 231
- FIorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950
- FORTUNATO, *La certificazione del bilancio*, Napoli, 1985
- FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in Rescigno e Sciarrone Alibrandi (a cura di), *La nuova disciplina delle società di capitali e cooperative*, Milano, 2004, 29
- FORTUNATO, *sub art. 149*, in *Commentario al Testo Unico dell'intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, Padova, 1998, 1373
- FOTTICCHIA, *Su revoca e sospensione del sindaco di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 151
- FRÈ, *Società per azioni*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1986
- FURGIUELE, *La responsabilità da controllo*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 423
- FURLOW, *Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware*, 2009 *Utah L. Rev.*, 2009, 1061
- GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963
- GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, Bologna, 2004
- GALGANO, *Il collegio sindacale. Il controllo giudiziario*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol III, tomo 2, Padova, 1990, 261

- GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 126
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987
- GAMBINO, *Sui poteri individuali dei componenti il consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Gastone Cottino*, I, Torino, 1997, 641
- GEVURTZ, *The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, reperibile su www.ssrn.com
- GHEZZI-RIGOTTI, *Art. 2409-octiesdecies*, in Ghezzi (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, 247
- GIANNELLI, *Disposizioni della Banca d'Italia in materia di obbligazioni degli esponenti bancari*, in *Riv. soc.*, 1997, 852
- GORDON, *The rise of independent directors in Italy: a comparative perspective*, in *Aa.Vv., La società per azioni oggi*, Milano, 2007, 161
- GRECO, *La compliance nelle attività e nei servizi bancari: i problemi aperti*, in Atrigna (a cura di), *Compliance. Ruolo e responsabilità*, Milano, 2009, 12
- GUERRA, *Revoca e decadenza dei sindaci delle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 1963, 1011
- GUERRERA, *La responsabilità "deliberativa" nelle società di capitali*, Torino, 2004
- GUERRERA, *Abuso del voto e controllo di "correttezza" sul procedimento deliberativo assembleare*, in *Riv. Soc.*, 2002, 181
- GUIDOTTI, *Il controllo giudiziario nella s.r.l. con collegio sindacale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 219
- GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007
- HARNER, *Barriers to effective risk management*, 40 *Seton Hall L. Rev.*, 2010, 1323
- HARVEY, *Bondholders' Rights and the case for a fiduciary Duty*, 65 *St. John's L. Rev.*, 1991, 1023
- HAU-THUM, *Subprime Crisis and Board (In)Competence: Private vs. Public Banks in Germany*, *Insead Working paper no. 45/2010*, reperibile su www.ssrn.com
- HOPT, *Better Governance of Financial Institutions*, *Ecgi Law working paper n. 207*, 2013

- HÖRING-GRUNDL, *Risk management's place in an organisation: A tradeoff between independence and co-ordination*, ICIR Working Paper Series, 5/2011
- INNOCENTI, *Collegio sindacale e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 347
- IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005
- IRRERA, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in *Giur. Comm.*, 2007, I, 484
- IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 259
- JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1963
- JAEGER-MARCHETTI, *Corporate governance*, in *Giur. comm.*, 1997, I, 625
- JOHNSON, *Addressing gaps in the Dodd-Frank Act: directors' risk management oversight obligations*, 45 *U. Mich. J.L. Reform*, 2011-2012, 55
- JORIO, *Controlli d'impresa e controlli interni*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 71
- KEAY, *Company Directors' responsibilities to creditors*, New York, 2007
- KLEIN, *Firm performance and Board Committee Structure*, in 41 *J.L.&ECON.*, 1998, 275
- KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Aa.Vv.*, *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 707
- LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 705
- LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007
- LENER, *I controlli esterni e protezione delle minoranze nelle società quotate*, in Amatucci (a cura di), *I controlli esterni nelle società quotate. Ordinamenti ed esperienze a confronto*, Milano, 2005, 163
- LENER, *sub art. 2377*, in Niccolini-Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, 545
- LIBONATI, *Amministrazione e controllo*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, suppl. 2/2004, 256-264

- LOWELL BROWN, *The corporate director's compliance oversight responsibility in the post Caremark Era*, reperibile su www.ssrn.com
- LUCANTONI, *Il collegio sindacale nelle banche: l'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, 166
- LUNGHINI, *L'idoneità e l'efficace attuazione dei modelli organizzativi ex D. Lgs. 231/2001*, in Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001*, Milano, 2005, 251
- MACEY, *An economic analysis of the various rationales for making shareholders the exclusive beneficiaries of corporate fiduciary duties*, 21 *Stetson L. Rev.*, 1991, 23
- MACEY-O'HARA, *The Corporate Governance of Banks*, *FRBNY Economic Policy Review*, 2003
- MAGNANI, *sub artt. 149-154*, in Marchetti-Bianchi (a cura di), *La disciplina delle società quotate nel testo unico della finanza d.lgs. 24 aprile 1998, n. 58*, vol. 2, Milano, 1998, 1682
- MAGNANI, *sub art. 2409 terdecies*, in Ghezzi (a cura di), *Sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 135
- MAGNANI, *sub art.. 152*, in Marchetti-Bianchi (diretto da), *La disciplina delle società quotate*, II, Milano, 1999, 1771
- MALAVASI, *L'eccesso di potere nelle delibere assembleari come violazione della buona fede*, in *Le Società*, 2004, 189
- MANCINELLI, *Principi di corretta amministrazione e patrimonio sociale: evoluzione dei controlli*, in *Le Società*, 2005, 549
- MANCINELLI, *Novità nei controlli del collegio sindacale: il "modello latino"*, in *Le Società*, 2003, 1314
- MANDELLI, *I "sindaci" di S.p.A. tra doveri di sorveglianza e posizioni di garanzia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, I, 444
- MANNING, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, 39 *Bus. LAW.* 1477,1984, 1484
- MANZONETTO, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni*, in *Aa.Vv.*, *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 113
- MARANO, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, vol. 2, Bologna, 2010, 2171
- MARCHETTI, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 101

- MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in Abbadessa-Cesarini (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 157
- MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, 418
- MARCHETTI, *Osservazioni sui profili societari della bozza di T.U. dei mercati finanziari*, in *Riv. soc.*, 1998, 140
- MARCHETTI C., *Il sistema dualistico: questioni e clausole (prima parte)*, in *Studi di impresa (Studio n. 162-2006/I del Consiglio nazionale del notariato)*
- MARCINKIEWICZ-PATELLI, *Il controllo giudiziario delle società di capitali*, Milano, 1989
- MARIANI-TETTAMANZI-CORNO, *External Auditing vs. statutory committee auditing: the italian evidence*, in *Int. J.udit*, 14, 2010, 25
- MATINO-BOTTINI-ROLFI, *Gli organi di controllo societario*, Milano 2005
- MATTEI GENTILI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili ai sensi della legge sulla tutela del risparmio: profili organizzativi*, in Abbadessa-Cesarini (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, Bologna, 2007, 61
- MCCOY, *The notional business judgment rule in banking*, 44 *Cath. U. L. Rev.*, 1994-1995, 1031
- MEHRAN-MORRISON-SHAPIRO, *Corporate Governance and Banks: What have we learned from the financial crisis?*, 2011, reperibile su www.ssrn.com
- MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1958, 689
- MILLER, *Oversight liability for risk management failures at financial firms*, reperibile su www.ssrn.com
- MILLER, *The Board's Duty to Monitor Risk After Citigroup*, 12 *U. PA. J. Bus. L.* 1153, 2010, 1159
- MINERVINI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973, 212
- MINERVINI, *Sulla legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, 207
- MIOLA, *Le operazioni con parti correlate*, in *Aa.Vv., Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 625

- MONTAGNANI, *Il controllo del socio sulla gestione nella società a responsabilità limitata*, in Abriani e Irujo (a cura di), *La società a responsabilità limitata in Italia e Spagna. Due ordinamenti a confronto*, Milano, 2008, 483
- MONTAGNANI, *Il controllo giudiziario: ambito di applicazione e limiti dell'attuale tutela*, in *Riv. soc.*, 2004, 1105
- MONTALENTI, *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in *Riv.soc.*, 1997, 713
- MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42
- MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 643
- MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive applicative*, in Aa.Vv., *Il sistema dei controlli nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 89
- MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Abbadessa e Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, 835
- MONTALENTI, *Le operazioni con parti correlate*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 319
- MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, Milano, 1991
- MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 689
- MONTALENTI-BALZOLA, *La società per azioni quotata*, in Aa.Vv., *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, 1805
- MORERA, *I sindaci nelle banche*, in Predieri (a cura di), *Controlli societari e governo dell'impresa*, Torino, 1999, 207
- MORERA, *Obbligazioni degli esponenti bancari*, in Ferro-Luzzi-Castaldi (a cura di), *La nuova legge bancaria*, vol. 3, Milano, 1996, 2012
- MORO VISCONTI, *Il collegio sindacale*, Roma, 1985
- MOSCO, *Cognosco, ergo sum. L'informazione e la nuova identità del collegio sindacale*, in Alessi-Abriani-Morera (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007, 309

- MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 728
- NIGRO, *Le scritture contabili*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, II, Padova, 1978, 222
- NORMAN-A.ROSE-J.ROSE, *Internal audit reporting lines, fraud risk decomposition, and assessments of fraud risk*, in *Accounting, Organizations and Society*, 35, 2010, 546
- NUZZO, *L'abuso della minoranza. Potere, responsabilità e danno nell'esercizio del voto*, Torino, 2003
- OLIVIERI, *Appunti sui sistemi di controllo nelle società per azioni "chiuse"*, in Benazzo-Cera-Patriarca (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 517
- OLIVIERI, *Il sistema dei controlli "interni" nelle società quotate*, in Aa.Vv., *La società quotata dalla riforma del diritto societario alla legge sul risparmio*, Torino, 2008, 39
- OPPO, *Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, 225
- ORENSTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial firms from poor risk management*, 86 *N.Y.U. L. Rev.*, 2011, 766
- PALMA, *Il collegio sindacale nelle banche*, Milano, 2002
- PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999
- PALMITER, *Corporations*, New York, 2012
- PAN, *A Board's Duty to Monitor*, 54 *N.Y.L. SCH. L. Rev.*, 2009-10, 717
- PAN, *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the delaware doctrine*, 38 *Fla. St. U. L. Rev.*, 2010-2011, 233
- PARMEGGIANI, *I sindaci e la Consob*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 1076
- PARMEGGIANI, *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 306
- PASQUARIELLO, *Il principio di correttezza applicato alle delibere assembleari: l'abuso della regola di maggioranza al vaglio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 129
- PATRONI GRIFFI, *Il controllo giudiziario sulle società per azioni*, Napoli, 1971

- PAVAN, *Il confine tra la funzione di compliance e la funzione di Internal Audit*, in Atrigna (a cura di), *Compliance. Ruolo e responsabilità*, Milano, 2009, 87
- PEROTTA-BEROLI, *I compiti degli organi di controllo in presenza di operazioni straordinarie*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 93
- PISANI MASSAMORMILE, *Minoranze. "Abusi" e rimedi*, Torino, 2004
- POLI, *La nuova disciplina del collegio sindacale*, Padova, 1997
- POLI, *sub art. 2380*, in Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, 474
- PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'allgemeines deutsches handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana della società per azioni (Appunti per una comparazione della nuova governance delle banche italiane)*, in Abbadessa-Cesarini (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 15
- PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 2
- PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Torino, 2006, 5
- PORZIO, *Controlli interni e controlli esterni nell'esercizio dell'impresa bancaria a sistema dualistico*, in Abbadessa-Cesarini (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 167
- PREITE, *L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992
- PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 141
- PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, 739
- PRESTI, *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002
- PRINCIPE, *Il controllo giudiziario nel governo societario*, Milano, 2008
- PROSPERETTI-COLAVOLPE, *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio, Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009

- PROVASOLI, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni dopo il d.lgs. 39/2010*, in Aa.Vv., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 103
- QUATRARO-TOSI, *Il controllo giudiziario delle società ex art. 2409 c.c. Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 1994
- RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004
- REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 584
- RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle Disposizioni di Vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 730 ss.
- RIGOTTI, *Il collegio sindacale nella governance della società per azioni*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, 541
- RIGOTTI, *sub art. 2399*, in Ghezzi (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 51
- RIGOTTI, *sub art. 2403*, in Ghezzi (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 159
- RIMINI, *L'art. 2409 c.c. e le s.r.l., dopo l'intervento della Consulta*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 807
- ROCCO DI TORREPADULA, *Le "gravi irregolarità" nell'amministrazione delle società per azioni*, Milano, 2005
- ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 896
- ROSSI, *Revoca e decadenza dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1957, 268
- RUBINO DE RITIS, *Il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.: irregolarità fiscali, revoca dei soli amministratori, spese del procedimento*, in *Il Foro Napoletano*, II, 1999, 152
- SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 377

- SACCHI, *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 689
- SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 851
- SACCHI-VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove s.p.a.*, diretto da Cagnasso e Panzani, Bologna, 2010, 635
- SALAFIA, *Il controllo giudiziario a norma dell'art. 2409 c.c. nell'esperienza del Tribunale di Milano*, in *Aa.Vv., Il controllo sul funzionamento delle società per azioni*, Napoli, 1974, 43
- SALAFIA, *sub art. 2409*, in Ghezzi (a cura di), *Collegio Sindacale. Controllo Contabile*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 299
- SALAFIA, *Il collegio sindacale nelle società quotate*, in *Le Società*, 1998, 258
- SALAFIA, *Il sistema dei controlli sulla gestione della società*, in Munari-Zamperetti (a cura di), *Il diritto delle società tra controllo giurisdizionale e autonomia privata. Atti del convegno di Como 25 gennaio 1997*, Milano, 1997, 67
- SALAFIA, *La riforma del controllo giudiziario previsto dall'art. 2409 c.c.*, in *Le Società*, 2002, 1329
- SALAFIA, *Legittimazione dei sindaci della s.r.l. a denunciare al Tribunale le irregolarità amministrative*, in *Le Società*, 2010, 1098
- SANDULLI, *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv. not.*, 1977, I, 1151
- SANTAGATA, *Operazioni straordinarie e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2004, 1515
- SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza*, in *Abbadessa-Cesarini (a cura di), Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 33
- SANTOSUOSSO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 133
- SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003
- SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 57
- SCOTTI CAMUZZI, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci sull'amministrazione delle banche*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 7
- SFAMENI, *Responsabilità da reato e nuovo diritto societario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, 154

- SFAMENI, *La responsabilità delle persone giuridiche: fattispecie e disciplina dei modelli di organizzazione*, in Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 10
- SOTTORIVA, *La riforma del controllo contabile delle società in Italia: una prima lettura coordinata del decreto legislativo n. 39/2010 in tema di svolgimento della revisione legale dei conti*, in *Riv. dott. comm.*, 3/2010, 565
- SRAFFA, *I "così detti" sindaci delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 863
- STELLA RICHTER JR., *Regole delle procedure per le operazioni con parti correlate e modificazioni statutarie conseguenti*, in Cariello (a cura di), *Le operazioni con parti correlate*, Milano 2011, 45
- STRAMPELLI, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili nella governance societaria*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 535
- SUDIERO, *L'azione di responsabilità esercitata dal collegio sindacale e l'interesse sociale*, in *Il nuovo diritto delle società*, 9/2013, 16
- TARANTOLA, *Il ruolo del risk management per un efficace presidio dei rischi: le lezioni della crisi*, 2011, reperibile su www.bancaditalia.it
- TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da Schlesinger, Milano, 1992
- TETI, *Il controllo giudiziario*, in Aa.Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 555
- TERRANOVA, *Controllo giudiziario e tutela delle minoranze nelle società per azioni*, in Abbadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. 3, Torino, 2007, 107
- TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all'azione sociale di responsabilità (art. 2393, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2001, II, 334
- TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008
- TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in Aa.Vv., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, 207
- TOFFOLETTO-BEVILACQUA, *La disciplina della revisione legale dei conti negli enti di interesse pubblico*, in *Le Società*, 2010, 25

- TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo")*, in *Riv. Soc.*, 1997, 938
- TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010
- TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 720
- TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, 1958
- VALENSISE, *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, 2000
- VALENSISE, *Il collegio sindacale nelle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2004, 153
- VALENSISE, *La disciplina del collegio sindacale*, in Patroni Griffi-Sandulli (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate in borsa*, Torino, 1999, 1015
- VALITUTTI, *Il controllo giudiziario sulle società di capitali*, Torino, 2013
- VICARI, *Il sistema dei controlli interni nelle imprese di assicurazione*, in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, 2011, 31
- VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 128
- VICARI, *I doveri degli amministratori in caso di insolvenza della società nel diritto statunitense*, in *Riv. soc.*, 1999, 1244
- VITRÒ, *Controllo giudiziario e provvedimenti cautelari nelle società di capitali*, Milano, 1992
- VIVANTE, *Per la riforma delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 146
- WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974
- ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005
- ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Schelsinger e continuato da Busnelli, Milano, 2010
- ZINGALES, *Il vero nodo è la governance*, *Il Sole 24 Ore*, 8 Ottobre 2008

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

Corte Cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. comm.*, 2006, II, 798

Cass., 14 ottobre 2013, n. 23233

Cass., 12 marzo 2012, n. 3902

Cass., 11 novembre 2010, n. 22911, in *Foro It.*, 2011, 1686

Cass., 13 gennaio 2010, n. 403, in *Le Società*, 2010, 665

Cass., Sez. Unite, 30 settembre 2009, n. 20934

Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, in *Guida al Diritto*, 37/2009, 16

Cass. 10 febbraio 2009, n. 3251, in *Giur. comm.*, 2010, II, 431

Cass., 12 dicembre 2005, n. 27389, in *Dir. Fall.*, 2007, 277

Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032

Cass., 24 agosto 2004, n. 16707, in *Giur. comm.*, 2005, II, 246

Cass., 28 maggio 1998, n. 5287

Cass. 17 settembre 1997 n. 9252 in *Le Società*, 1998, 1025

Cass. 28 aprile 1997 n. 3652, in *Le Società*, 1997, 1389

Cass., 07 maggio 1993, n. 5263, in *Foro It.*, 1994, I, 130

App. Milano, 29 giugno 2012, in *Le Società*, 2012, 1099

App. Trieste, 28 marzo 2006, in *Le Società*, 2007, 582

App. Salerno, 19 luglio 2005

App. Roma, 13 aprile 2005, in *Giur. It.*, 2006, 175

Appello Milano, 10 febbraio 2004

App. Venezia, 19 dicembre 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1673

App. Bologna,, 20 dicembre 1991, in *Le Società*, 1992, 653

Trib. Venezia, 13 marzo 2013, in *Le Società*, 2013, 1345

Trib. Palermo, 13 febbraio 2013, in *Le Società*, 2013, 597

Trib. Novara, 21 maggio 2012

Trib. Firenze, 25 ottobre 2011, in *Le Società*, 2012, 5

Trib. Milano, 24 agosto 2011, in *Le Società*, 2012, 493

Trib. Roma, 04 luglio 2011

Trib. Bologna, 08 febbraio 2011

Tribunale Milano, 3 novembre 2010, in *Rivista del Diritto societario*, 2011, 61

Tribunale Milano, 26 marzo 2010, in *Le Società*, 2010, 820

Trib. Napoli, 08 ottobre 2008, in *Le Società*, 2010, 207

Trib. Milano, 05 marzo 2007

Trib. Milano, 08 luglio 2005, in *Foro It.*, 2006, 1239

Trib. Roma, 06 luglio 2004, in *Le Società*, 2005, 359

Trib. Udine, 01 luglio 2004, in *Le Società*, 2005, 367

Trib. Napoli, 22 giugno 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 949

Trib. Milano, 07 febbraio 2003, in *Le Società*, 2003, 1385

Trib. Messina, 29 maggio 2002, in *Le Società*, 2003, 747

Trib. Trapani, 10 agosto 2001, in *Le Società*, 2002, 868

Trib. Roma, 13 luglio 2000, in *Giur. It.*, 2000, 2103

Trib. Messina, 12 novembre 1999, in *Fallimento*, 2000, 1279

Trib. Como, 06 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1458

Trib. Napoli, 14 luglio 1993, in *Le Società*, 1993, 1499

Trib. Milano, 15 ottobre 1985, in *Giur. comm.*, 1986, II, 459

Trib. Napoli, 19 dicembre 1983, in *Diritto e Giurisprudenza*, 1984, 624, con nota di MIOLA

Belmont Finance Corporation v. Williams Furniture Ltd. (No. 2), [1980] 1 All. ER 393

In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009)

Schoon v. Smith, 953 A.2d 196 (Del. 2008)

Wood v. Baum, 953 A.2d 136 (Del. 2008)

In re Countrywide Financial Corp. Derivative Litigation, 554 F. Supp. 2d 1044 (C.D. Cal. 2008)

Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006)

In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 906 A.2d 27 (Del. 2006)

Guttman v. Huang, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003)

Salsitz v. Nasser, 208 F.R.D. 589 (E.D. Mich. 2002)

In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996)

Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (1985)

Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (1981)

Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company, 188 A.2d 125 (Del. 1963)