

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL' ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO, I
GRANDI CANTIERI APERTI"

Roma, 17-18 febbraio 2017

FEDERICO RIGANTI*

Gli amministratori «non esecutivi» nella *governance* delle banche

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Oggetto della ricerca e metodologia di indagine. - 3. Il tema del controllo interno tra amministrazione e vigilanza. - 4. I tratti tipici del controllo interno societario nelle società per azioni. - 5. Il ruolo degli amministratori non esecutivi nelle società di «*diritto comune*». - 5.1. Poteri e doveri della compagine delegante tra vecchio e nuovo diritto societario. - 6. La *corporate governance* delle banche. - 7. Il tema degli amministratori non esecutivi nella regolamentazione delle banche. - 7.1. La rivisitazione quanti-qualitativa degli organi sociali. - 7.2. I compiti assegnati alla componente non esecutiva. - 7.3. L'accrescimento (ed il superamento) dell'anima *monitoring* del *board* bancario ed il rischio di ritorno ad una «*vigilanza diffusa sull'andamento della società*». Verso un'indebita assimilazione delle responsabilità tra «*deleganti*» e «*delegati*»? - 7.4. Il comitato rischi. - 7.5. Il presidente del consiglio di amministrazione. - 8. Note conclusive.

1. Premessa.

Vi sono questioni di diritto che, in un dato momento storico, vengono ad assumere particolare interesse anche agli occhi dei meno

* Dottore di ricerca in Istituzioni e Mercati, Diritti e Tutele, *curriculum* in Diritto delle Società e dei Mercati Finanziari, Università degli Studi di Bologna. Cultore della materia in diritto commerciale presso l'Università degli Studi di Torino, Dipartimento di Giurisprudenza e Dipartimento di Management. Avvocato in Torino.

«esperti», intenti a valutare le scelte adottate dal legislatore, per lo più giudicato in quanto a pertinenza, utilità ed efficienza d'azione. Tale rilevanza, a tratti finanche «mediatica» è, ad esempio, quella venuta a crearsi, negli ultimi anni, in relazione alla *corporate governance* delle banche e ai meccanismi di controllo a queste interno, venendo in detto profilo identificato, in particolare, uno dei punti cruciali attorno al quale è giudicata la credibilità di un «sistema» e, conseguentemente, la spendibilità di un «Paese» sui mercati globalizzati.

2. Oggetto della ricerca e metodologia di indagine.

A ben vedere, il tema del controllo interno societario, tanto più ove rapportato agli istituti di credito, è meritevole dell'attenzione riservatagli. E ciò, per un diverso ordine di motivi, nel complesso traduttivi dell'estrema complessità della materia.

In particolare, e con riferimento specifico alle questioni propriamente giuridiche, è noto come siano molteplici gli aspetti di diritto societario «comune» e «speciale» legati all'argomento in esame, questi riguardando, da un lato, il profilo di ordine generale relativo al progressivo mutamento del rapporto intercorrente tra i momenti dell' «amministrazione» e del «controllo», e relazionandosi, dall'altro, alle ricadute strutturali di una tale rinnovata dialettica, la quale ha condotto – tanto più nel contesto post-riforma – ad una rilettura sia dell'organo di controllo, sia, e forse ancor di più, dell'organo amministrativo, divenuto progressivamente oggetto di una (i) più attenta rimodulazione della propria architettura interna, di una (ii) più precisa selezione delle materie c.d. delegabili, nonché di una (iii) maggiore attenzione al regime allocativo della responsabilità derivante dall'ufficio gestorio, in capo alle proprie componenti delegata e delegante.

A fronte di un tale quadro di riferimento e con l'obiettivo di portare a termine un breve approfondimento della disciplina «speciale», al fine di valutarne la compatibilità con il diritto azionario «comune», il presente *paper* intende offrire al lettore un'analisi critica delle distinte questioni sommariamente richiamate, soffermandosi, in particolare, sulla specificità della funzione di controllo attribuita all'organo di amministrazione e sul ruolo degli amministratori non esecutivi delle s.p.a. bancarie.

In tal senso, lo scritto dedica spazio, in via preliminare, all'inquadramento generale della funzione in esame (**par. 3**) e si sofferma, in seconda battuta, tanto sulle dinamiche interne al consiglio di

amministrazione delle società non sottoposte a vigilanza (**par. 4 e par. 5**) quanto, soprattutto, sulle questioni inerenti al «controllo» nel governo societario delle banche (**par. 6 e par. 7**). Il lavoro termina con una trattazione critica dei problemi oggi riscontrabili nella materia, nonché con un giudizio di massima sulla capacità della disciplina bancaria di assurgere a rango di «laboratorio» delle scelte adottate dal legislatore per le società azionarie di diritto comune (**par. 8**).

3. Il tema del controllo interno tra amministrazione e vigilanza.

Premessa necessaria all'argomento specifico del mio contributo è la considerazione - oggi unanimemente condivisa - secondo cui il tema dell'amministrazione, e nello specifico quello degli amministratori non esecutivi, si colleghi in modo inscindibile alla materia del controllo interno.

Per tale motivo, e in virtù della natura e della complessità delle questioni sopra esposte - nonché, come si dirà, del carattere talvolta finanche «derogatorio» della regolamentazione speciale - è opportuno soffermarsi in apertura su un inquadramento preliminare della funzione di controllo, indirizzato ad individuarne i tratti tipici, sia sotto un punto di visto concettuale, sia per quanto attiene al piano strutturale. Il punto, come è noto, non è semplice, ma al fine del presente scritto può essere sinteticamente affrontato nei termini che seguono⁽¹⁾.

(1) Vasto è l'apporto dottrinale sull'argomento. Per un inquadramento v. ABRIANI N., *L'organo di controllo (Collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo della gestione)*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate Governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 95 e ss.; ALVARO S., D'ERAMO D., GASPARRI G., *Modelli di amministrazione e controllo nelle società quotate*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 2015, 7; ANGELICI C., *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, in TEDESCHI C. (a cura di), *Saggi sui grandi temi della Corporate Governance*, Milano, 2013, p. 1 e ss. e in ABBADESSA P. (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, Torino, 2015, p. 145 e ss.; ID., *La società per azioni. Principi e problemi*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012; CALANDRA BUONAURA V., *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, p. 535 e ss.; CHIAPPETTA F., *Il controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate Governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 53 e ss.; COMOLI M., *I sistemi di controllo interno nella corporate governance*, Milano, 2002; FERRO-LUZZI P., *L'esercizio di impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 2, p. 231 e ss.; GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiana e i problemi aperti*, in *Quaderni Giuridici Consob*, 2013, 4; LIBERTINI M., *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni con particolare riguardo ai c.d. sistemi alternativi*, in ABBADESSA P. (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli nelle società*, Torino, 2015, p. 13 e ss. e in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 1063; LIBONATI B., *Notarelle a margine dei nuovi sistemi*

Per quanto attiene al primo profilo, è nota, e condivisa, l'opinione che eleva la materia in esame a componente essenziale della gestione dell'impresa: il controllo interno, pur geneticamente estraneo ai confini propri del diritto positivo, in quanto terreno elettivo dell'autonomia privata, è stato infatti identificato, da autorevole dottrina, alla stregua di struttura portante dell'architettura corporativa⁽²⁾, all'interno della quale diverrebbe momento «coessenziale dell'esercizio del potere amministrativo»⁽³⁾, della cui correttezza si porrebbe a tutela.

Tale impostazione, valevole tanto nei perimetri del diritto «comune» quanto in quelli tracciati dalla disciplina di settore e nel complesso traduttiva dell'evoluzione del controllo «da strumento di tutela delle minoranze» a meccanismo di «tutela della correttezza gestoria»⁽⁴⁾, dedica particolare attenzione alla declinazione della categoria in oggetto in ulteriori sotto-insiemi⁽⁵⁾, capaci di

di amministrazione della società per azioni, in *Riv. soc.*, 2008, p. 281 e ss.; MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 e ss.; ID., *Consiglio di amministrazione e organi delegati: flussi informativi e responsabilità*, in *Soc.*, 1998, p. 899 e ss.; ID., *Corporate governance, consiglio di amministrazione, sistemi di controllo interno: spunti per una riflessione*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 803 e ss.; ID., *Corporate governance e «sistema dei controlli interni»*, in TEDESCHI C. (a cura di), *Saggi sui grandi temi della Corporate Governance*, Milano, 2013, p. 89 e ss. e in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate Governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 1 e ss.; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, p. 833 e ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 935 e ss.; ID., *Il sistema dei controlli: profili generali*, in ABRIANI N., AMBROSINI S., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2010, p. 691 e ss.; ID., *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2005, p. 294 e ss.; ID., *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 2167 e ss.; ID., *Sistemi di controllo interno e corporate governance: dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 243 e ss.; PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?* in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, p. 141 e ss.; STELLA RICHTER M. jr., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate Governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 19 e ss.; ID., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 663 ss.

(2) Per tutti, v. MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli societari: un quadro di insieme*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2175 e ss.

(3) In tali termini, *ex multis*, MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, (nt. 1), p. 45.

(4) MONTALENTI P., *Sistemi di controllo interno*, (nt. 1), p. 243 e ss.

(5) Sul punto si vedano le riflessioni di MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 5, p. 535 e ss. che suggerisce una più analitica scomposizione della categoria generale nei seguenti sotto-insiemi: controllo (i) di correttezza; (ii) di adeguatezza organizzativa, (iii) di correttezza gestionale, (iv) di legalità sostanziale, (v) di legalità formale, (vi) di efficienza e (vii) di efficacia. Contrario all'analiticità di una tale impostazione, invece, LIBERTINI M., (nt. 1), p. 22, sub nota 15.

arricchire la consueta antitesi tra controllo di legalità e controllo di merito a favore di un quadro in cui la funzione generale verrebbe ad assumere un ruolo non già di mera verifica *ex post*, bensì piuttosto di valutazione *ex ante* della gestione, con conseguente impatto dirompente sulla tradizionale dicotomia intercorrente tra i momenti dell'amministrazione e del controllo, non più alternativi ma complementari, e per questo riuniti in una più ampia e unitaria concezione di «funzione imprenditoriale»⁽⁶⁾.

A fronte della lucidità e dell'ampiezza delle vedute poc'anzi delineate, è tuttavia doveroso dare atto, fin da subito, delle notevoli difficoltà di stampo strutturale – in parte derivanti da problemi di natura anche lessicale⁽⁷⁾ – imputabili ad una disciplina del controllo interno «*rea*» di aver nel tempo disegnato un *corpus* che, sebbene definito «*sistema*», è risultato in grado di dar vita a un «*deplorable stato di cose*»⁽⁸⁾, caratterizzante una situazione attuale ancora lontana dall'aver raggiunto un assetto definitivo soddisfacente⁽⁹⁾.

In particolare, l'assenza di una normativa solida e organica sul punto, e la conseguente sottoposizione della materia in oggetto al dilagare «*spesso fragoroso*

(6) Sul punto, si vedano le riflessioni di ANGELICI C., *In tema*, (nt. 1), p.6.

(7) Come è noto, il termine controllo è utilizzato talvolta (i) per esprimere l'esercizio di un potere direttivo quasi gerarchico da parte di alcuni soggetti su altri (maggioranza/minoranza o controllante/controlato), talaltra, invece, (ii) con il significato di *verifica/giudizio/valutazione di conformità* di atti, attività, comportamenti a regole e modelli ideali; nonché infine (iii) correlato, con le difficoltà ermeneutiche di cui si dirà nel prosieguo, a quella, talvolta coestensiva, di *vigilanza*. Sulla configurazione etimologica del termine «controllo» si vedano, *ex multis*, MONTALENTI P., *I controlli societari*, (nt. 5), p. 539 e ss. e STELLA RICHTER M. jr., (nt. 1), *Il controllo*, p. 19 e ss. Tale ultimo Autore offre un inquadramento di ampio respiro dei termini in esame e sottolinea come, già da un punto di vista etimologico, «*la parola controllo abbia molto a che fare con l'amministrazione. Essa nasce infatti come termine tecnico della pratica dell'amministrazione e poi della scienza dell'amministrazione: controllo deriva dal francese contrôle e cioè contre-rôle e quindi, in italiano, «contro-ruolo» (mentre il verbo era «contro-ruolare»); la parola francese deriva, a sua volta, dal latino tardo-medioevale contra-rotulum: un registro di riscontro di dati e fatti legati ad attività amministrative (del fisco, della contabilità, di opere, di beni, di lavori, ecc.). E' dunque una nozione di pratica amministrativa quella da cui prende nome il nostro controllo*». L'Autore, nell'approfondire il tema, richiama FINZI E., *Società controllate*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, p. 462, il quale, da parte sua, sottolinea come controllo «*non [sia] parola di crusca*» evidenziandone, già all'epoca, la varietà di possibili significati.

(8) Così FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, p. 115 e ss.; ma anche con il titolo *Riflessioni in tema di controllo*, in AA. VV., *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 e ss. Sempre in tema si veda, di recente, FORTUNATO S., *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 253 e ss.

(9) In tali termini MONTALENTI P., (nt. 5), p. 537. Ma vedi anche ABRIANI N., *Collegio sindacale e «Comitato per il controllo interno e la revisione contabile» nel sistema policentrico dei controlli*, in TEDESCHI C. (a cura di), *Saggi sui grandi temi della Corporate Governance*, Milano, 2013, p. 115 e ss.; nonché LIBONATI B., *Conclusioni*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, p. 197.

a tutti i livelli, di miti (..) o soltanto mode»⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾, hanno di fatto comportato l'emersione di un reticolo di controlli policentrico e disorganizzato, incapace, da un lato, di identificare al proprio interno un organo incaricato di fare da «regista»⁽¹²⁾ e, dell'altro, (e di conseguenza) di superare la sempre più complessa situazione di «confusione» tra attori, compiti loro assegnati e relative responsabilità.

Una tale situazione «patologica» risulta per altro solo in parte mitigata dai più recenti interventi normativi - legislativi e regolamentari - e di autodisciplina, da parte loro tuttavia intesi a realizzare, sebbene a fronte della complessità dei problemi richiamati, un contesto mirato a garantire una maggiore efficienza attraverso la realizzazione (i) di una articolazione maggiormente procedimentalizzata delle attività di controllo; (ii) della prevalenza di controlli indiretti su quelli diretti; nonché (iii) di un graduale, sebbene costante, ridimensionamento del numero di organi ed uffici deputati, a vario titolo, ad assumere le vesti di «controllori».

4. I tratti tipici del controllo interno societario nelle società per azioni.

I punti in ultimo sollevati, in quanto traduttivi del *trend* attualmente riscontrabile nella materia in esame, richiedono un breve inquadramento.

Con riferimento al profilo *sub (i)*, è innegabile il rilievo progressivamente assunto da quelle regole organizzative e procedurali che, con determinazione, sono uscite «dall'area meramente fattuale della tecnica aziendalistica»⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ e - grazie all'apporto fornito dalla clausola generale della diligenza professionale degli amministratori e dall'attenzione rivolta al tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, di cui il «sistema di controllo interno» è segmento e fulcro vitale⁽¹⁵⁾ - hanno recuperato rilevanza giuridica e superato i confini di quei

⁽¹⁰⁾ Sul punto FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione*, (nt. 8), 119.

⁽¹¹⁾ Si pensi solo al tema degli amministratori indipendenti o a all'*esplosione* del fenomeno dei comitati.

⁽¹²⁾ Il riferimento è alle difficoltà, e alle note problematicità, da sempre ricollegate all'organo sindacale.

⁽¹³⁾ In tali termini MONTALENTI P., *I controlli societari*, (nt. 5), p. 537.

⁽¹⁴⁾ Come noto, le scienze aziendalistiche hanno da tempo elaborato il concetto di controllo di gestione come attività che si sviluppa in tre distinti segmenti temporali, nello specifico *antecedente* (pianificazione), *contemporaneo* (attuazione) e *successivo* (controllo e correzione) all'assunzione della decisione da parte degli amministratori. Ricostruzione, questa, da cui emerge la necessità di vedere il controllo non solo come costo ma anche come un beneficio, laddove utilizzato in maniera virtuosa, in termini di efficacia ed efficienza della gestione sociale. Sul punto v. MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, (nt. 1), p. 52 e BALZOLA S., *I controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2419 e ss.

⁽¹⁵⁾ Così, per tutti, MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, (nt. 1), p. 48, nonché FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in ABBADESSA, PORTALE

settori vigilati (banche, assicurazioni e società quotate) dove erano in precedenza state formulate in chiave antesignana rispetto al diritto comune.

Se della rilevanza delle clausole generali di cui all'art. 2381 e 2392 cod. civ. si dirà a breve, è già bene sottolineare come, complice anche il progressivo sofisticarsi delle realtà societarie di riferimento e la conseguente esigenza di attuare un monitoraggio il più possibile capillare e analitico delle strutture, sia andata infatti sviluppandosi, nel tempo, una concreta rivalutazione dell'importanza rivestita, all'interno della categoria del controllo interno, da funzionigrammi e da organigrammi idonei ed efficienti, in un'ottica particolarmente attenta ad istituire funzioni aziendali *ad hoc*, gerarchicamente e strutturalmente dipendenti dalla componente societaria, ed intese a portare a termine un monitoraggio costante dei rischi (c.d. funzione di *risk management*), una verifica del rispetto della normativa di rango primario e secondario (c.d. funzione *compliance*) ed un controllo generale di funzionamento e corrispondenza delle procedure e dei processi rilevanti (compito, questo, ricoperto dalla c.d. funzione *audit*).

E' ad una tale impostazione che si allaccia il punto *sub (ii)*, messo in luce da quella più attenta dottrina che, pur evidenziando la tendenziale criticità del tema, sottolinea l'ormai incontrovertibile prevalenza di controlli (interni) di natura indiretta su quelli di natura diretta, argomentando sulla base del carattere particolarmente performante dei primi, capaci di contenere in sé, in quanto molteplici e articolati, «maggiori risorse di feedback e quindi di autocorrezione»⁽¹⁶⁾.

Quanto, infine, al terzo elemento citato, relativo al tema (centrale) del coordinamento dei soggetti preposti al controllo, questo passa a pieno titolo attraverso una rivalutazione quanti-qualitativa degli attuali controllori, in specie del consiglio di amministrazione, la cui funzione di vigilanza e controllo

G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, p. 5 e ss. Sempre in materia, d'obbligo il richiamo a IRRERA M., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016.; ID., *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009; ID., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in COTTINO G., BONFANTE G., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, p. 549; ID., *Assetti organizzativi adeguati e governo della società di capitali*, Milano, 2005; KUTUFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 707 e ss.; MINTO A., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio dell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 1165 e ss.; RIOLFO G., *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, in MERUZZI G., TANTINI G. (a cura di), *Le clausole generali nel diritto societario*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2011, p. 139 e ss.

⁽¹⁶⁾ V. MONTALENTI P., *I controlli societari*, (nt. 5), p. 542.

risulta implementata, nel contesto post-riforma e nella disciplina speciale, nei termini che verranno esposti nel prosieguo.

Emerge, in ogni caso, con chiarezza, come preliminare alla trattazione che viene e all'analisi delle dinamiche di *corporate governance bancaria* stia l'individuazione – cruciale ai fini della equilibrata ricostruzione dei profili di responsabilità gestoria – della linea di demarcazione tra due attività di verifica che presentano forti contiguità: il «controllo» e la «vigilanza».

La questione, come è noto, è stata risolta dalla dottrina più autorevole nel senso di identificare la rilevanza della distinzione in commento nel carattere «sintetico», «generale» ed «indiretto» del secondo concetto rispetto al primo⁽¹⁷⁾ il quale, di contro, assumerebbe carattere «diffuso» sebbene «puntuale», sulla gestione della società, venendo caratterizzato da strumenti di ispezione e reazione «diretti» da parte dell'organo a ciò preposto.

In altri termini, la vigilanza, lungi dall'essere una sorta di controllo modificato in eccesso o in difetto, risulterebbe assumere, nel codice riformato, i tratti tipici di un'attività di riscontro mediata: privata, cioè, del (i) dovere di controllo analitico delle diverse aree già sottoposte allo scrutinio del collegio sindacale (o di altro organo «alternativo»), nonché del (ii) potere di intervento diretto in caso di «anomalie».

5. Il ruolo degli amministratori non esecutivi nelle società di «diritto comune».

La ricostruzione offerta nelle pagine che precedono – in particolare la distinzione tra i concetti di controllo e vigilanza –, al di là del chiaro risvolto teorico, assume un forte riscontro pratico, impattando, innanzitutto, sul tema della delega gestoria e sul correlato dovere-potere degli amministratori non esecutivi di vigilare sull'operato degli amministratori delegati.

Volendo offrire un inquadramento di tale profilo è bene ricordare – sebbene il punto sia noto – come l'attuale quadro normativo di riferimento abbia sostituito l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione di cui al codice ante-riforma⁽¹⁸⁾ con un più specifico dovere di «supervisione», da parte dei deleganti, sulle attività svolte dagli amministratori delegati.

⁽¹⁷⁾ Sul punto, per tutti, MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, (nt. 1), p. 53, il quale sottolinea come si debba rilevare che lo stesso legislatore predica allo stesso verbo oggetti diversi che caratterizzano, con declinazioni diverse, la condotta (si pensi all'art. 2403 cod. civ., nonché all'art. 154 bis, comma 4, T.U.F.)

⁽¹⁸⁾ Come sottolinea WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, p. 195, la legge ha infatti voluto impedire che l'ufficio di amministratore si trasformasse «in una lucrosa quanto comoda sinecura, mediante la previsione rigorosa dell'obbligo di vigilanza e di intervento».

In altri termini, conscia della tendenziale e crescente oggettivizzazione della responsabilità cui l'impostazione precedente stava conducendo⁽¹⁹⁾, la riforma del 2003 ha contestualizzato gli estremi caratterizzanti della materia, e definito, altresì, la funzione primaria degli amministratori non esecutivi, nello specifico traducendo l'attività di vigilanza a questi richiesta non già in un'attività di controllo diretto e costante degli amministratori delegati, bensì piuttosto in un compito di verifica e riscontro delle informazioni da questi ultimi fornite in merito alle attività svolte⁽²⁰⁾.

A questa rinnovata architettura è stata dunque ricollegata non più un'ipotesi generica di responsabilità per *culpa in vigilando*, quanto, di contro, un regime di responsabilità «mediata» e, cioè, graduata, ai due criteri – l'uno di natura oggettiva (la c.d. «*natura dell'incarico*»), l'altro di matrice soggettiva (le «*specifiche competenze*») – enucleati dall'art. 2392 cod. civ. e a loro volta poggianti sul paradigma fondamentale dell'«*agire informati*» – e sulle dinamiche a questo sottese – di cui all'art. 2381 cod. civ.

Ciò disegnando un quadro all'interno del quale la dottrina più attenta ha salutato l'avvento, nel diritto societario riformato, del c.d. *monitoring board* e del meccanismo dei «*segnali d'allarme*»⁽²¹⁾, e ha teorizzato una lettura che – attenta

(19) La rivisitazione in oggetto è avvenuta, invero, al fine di «evitare indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finivano per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili» (tanto si legge nella Relazione di accompagnamento al decreto legislativo numero 6 del 2003).

(20) Vedi, sul punto, la recentissima Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, 2017, con nota di CAGNASSO O., RIGANTI F., *La responsabilità degli amministratori deleganti*, secondo cui «la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa. In definitiva gli amministratori (i quali non abbiano operato) rispondono delle conseguenze dannose della condotta di altri amministratori (i quali abbiano operato) soltanto qualora siano a conoscenza di necessari dati di fatto tali da sollecitare il loro intervento, ovvero abbiano omesso di attivarsi per procurarsi gli elementi necessari ad agire informati. Ne discende che, nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi del terzo comma dell'articolo 2381 c.c.) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'articolo 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze": altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato».

(21) V. sul punto BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, p. 1 e ss. e 70 e ss.; CAPUTO M., *Dalla teoria dei «segnali d'allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv.*

al dato letterale di cui agli articoli in ultimo menzionati – risulta intesa a «consacrare», da un lato, il principio dell'informazione attiva e passiva dei gestori a paradigma comportamentale fondamentale del «*buon amministratore*»⁽²²⁾, nonché a rivalutare, dall'altro, il ruolo di filtro assegnato ad un *plenum* che, laddove opportunamente attivato, diviene oggi interfaccia tipica per il fisiologico estrinsecarsi dei flussi intraorganici di notizie oltreché, quindi, per la realizzazione di una *governance* virtuosa⁽²³⁾ e dunque efficiente.

5.1. Poteri e doveri della compagine delegante tra vecchio e nuovo diritto societario.

Anche in merito a tali ultimi argomenti, è opportuno evidenziare come ancora oggi permangano alcuni aspetti dibattuti che riguardano, in particolare, le modalità attraverso cui si estrinseca la funzione di vigilanza sopra delineata e, quindi, gli strumenti assegnati (e i poteri di intervento *uti singuli* riconosciuti) agli amministratori non esecutivi per portare a termine il proprio compito, nel rispetto dei canoni di cui all'art. 2392 cod. civ.

In altri termini, se il profilo problematico ante-riforma è consistito, come già sommariamente esposto, nella difficile identificazione di un punto di equilibrio «tra l'esigenza di porre rimedio ad un certo fenomeno di passività dei consigli di amministrazione rispetto alla concentrazione del potere degli organi delegati» e «il rischio di coinvolgere indebitamente i non delegati in responsabilità per gestione diretta, che invece devono continuare a spettare solo agli organi delegati»⁽²⁴⁾, ad assumere rilevanza centrale nel sistema attuale sarebbe, di contro, lo spazio

soc., 2015, p. 905; PERUZZO G. G., *Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.; il ruolo degli amministratori deleganti e la loro responsabilità*, reperibile su http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/24402/peruzzo_g.g..pdf e REBOA M., *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 657 e ss.

(22) Per tutti v. ABRIANI N., MONTALENTI P., *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in ABRIANI N., S. AMBROSINI S., CAGNASSO O., P. MONTALENTI P., *Le società per azioni*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, 2010, p. 565 e ss.; IRRERA M., *Gli obblighi di amministratori di società per azioni tra vecchi e nuove clausole generali*, in *RDS, Rivista di diritto societario*, 2011, p. 358 e ss.; MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza*, (nt. 1), p. 835 e ss.

(23) Per un inquadramento generale sul tema v. *inter alia*, ABBADESSA P., *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale*, in DI CATALDO V. (a cura di), *La governance delle società bancarie. Convegno in memoria di Niccolò Salanitro*, in *Quaderni di Giur. comm.*, 2014, p. 9 e ss.; BELCREDI M., *Amministratori indipendenti, amministratori di minoranza e dintorni*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 853 e ss.; CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 722 e ss.; MERUZZI G., *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna della società per azioni*, in MERUZZI G., TANTINI G., *Le clausole generali nel diritto societario*, Padova, 2011, p. 105; MONTALENTI P., *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 435 e ss.

(24) Così MONTALENTI P., *Consiglio di amministrazione e organi delegati*, (nt. 1), p. 899 e ss.

d'azione riconosciuto agli amministratori deleganti, tanto più a fronte della constatazione per cui «solo flussi informativi adeguati e tempestivi consentono al consiglio il corretto ed efficace esercizio delle sue funzioni di indirizzo strategico e supervisione»⁽²⁵⁾.

Questione, questa, che è di vertice sia con riferimento al diritto azionario «comune», sia – come si dirà a breve – a quello «settoriale» e che ha attirato l'interesse della dottrina più autorevole già nel contesto ante-riforma⁽²⁶⁾, laddove da un lato – e sostanzialmente sull'assunto del carattere individuale del dovere di vigilanza – veniva ammessa l'esistenza di poteri istruttori, di informazione e di ispezione, in quanto necessario presupposto per l'adempimento del dovere in discorso, in capo ai singoli amministratori⁽²⁷⁾ e,

⁽²⁵⁾ In tali termini ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, p. 97 e s.

⁽²⁶⁾ In particolare, l'aspetto più complesso riguarderebbe non solo (o non tanto) i poteri di indagine diretta riconosciuti ai singoli amministratori non esecutivi, quanto piuttosto gli spazi d'azione e le modalità operative loro concretamente assegnati al fine di impedire il compimento di un fatto pregiudizievole o di eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose ai sensi dell'art. 2392, comma 2, cod. civ. Tema, questo, in tal sede solo accennato ma senza dubbio meritevole di una trattazione autonoma. Quanto, invece, ad un inquadramento generale della questione delle deleghe, oltre agli autori di seguito puntualmente citati, d'obbligo è il rinvio a ABBADESSA P., *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano 1975, 104 ss.; BORGIOLO A., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982; CAGNASSO O., *L'amministrazione collegiale e la delega*, in COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991, p. 243 e ss.; WEIGMANN, (nt. 18), p. 193 e ss.; nonché, di recente e con riferimento al contesto riformato, a ABBADESSA P., *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, p. 491 e ss.; ABRIANI N., MONTALENTI P., (nt. 22), p. 618 e ss.; BARACHINI F., *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008; BONELLI F., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 42; MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 85 e ss.

⁽²⁷⁾ V., per tutti, CAGNASSO O., *Gli organi delegati nella società per azioni*, Torino, 1976, p. 100 – il quale osservava come, pur mancando una norma espressa in tal senso, non potessero avanzarsi dubbi sull'esistenza di tali poteri in capo ai singoli amministratori, derivando essi esplicitamente dalla stessa posizione da questi ricoperta ed essendo necessariamente presupposti alla disposizione che impone il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione – nonché ABBADESSA P., *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 816 e ss. – che da parte sua sottolineava come il controllo rappresentasse un momento essenziale della funzione gestoria, con conseguente opportunità di riconoscere ai deleganti un potere di vigilanza diretto sui delegati -. Sul punto v. anche DALMARTELLO A., PORTALE G.B., *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 795 e ss., secondo cui il dettato della legge riconosceva un (potere-)dovere individuale di controllo e vigilanza analitica (*contra*, nel senso di una vigilanza sintetica, ABBADESSA P., *op. ult. cit.*) contrapposto al dovere di intervento, di natura invece collegiale. Sulla dissociazione tra diritto e potere v. anche SCOTTI CAMUZZI S., *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 785 (spec. a p. 788) secondo cui «l'amministratore singolo ha diritto a che il collegio svolga (o che in consiglio si svolga)

dall'altro, veniva negata – sebbene con qualche eccezione⁽²⁸⁾ – una tale opzione²⁹, in virtù del carattere essenzialmente collegiale della vigilanza sulla gestione, la quale avrebbe dovuto estrinsecarsi per mezzo del consiglio tutto, senza deroga alcuna.

A ben vedere, la questione, pur variata nei suoi tratti caratterizzanti da una novella societaria capace di realizzare, per il tramite dello schematismo di cui all'art. 2381 cod. civ. e di una più rigida tipizzazione della posizione dei non esecutivi⁽³⁰⁾, una disciplina maggiormente attenta alle dinamiche interne al c.d.a.⁽³¹⁾, risente, ancor oggi, di taluni margini di incertezza, nello specifico riferiti – a mio parere – non tanto alla possibilità degli amministratori non esecutivi di chiedere informazioni ai delegati, quanto piuttosto al potere, ai

l'istruttoria occorrente all'esplicazione della vigilanza (...). La collegialità però si manifesta nel momento dell'esercizio del potere: sicché, pur essendo vero che l'istruttoria occorrente all'esercizio della vigilanza sul generale andamento della gestione è un diritto individuale di ogni amministratore, resta però che è nel consiglio che tale istruttoria deve svolgersi (...). Che ogni amministratore abbia diritto di essere compiutamente informato, sì: che si trasformi in un sindaco, o addirittura in un p.m., è eccessivo».

(28) V. sul punto la posizione di GAMBINO A., *Sui poteri individuali dei componenti del consiglio di amministrazione e del comitato esecutivo della società per azioni*, in AA. VV., *Scritti in onore di G. Cottino*, Padova, 1997, p. 647, secondo cui «allorché al generale potere di vigilanza si coniuga lo specifico diritto dell'amministratore di essere compiutamente informato delle materie su cui egli è chiamato a deliberare, si può ritenere che il singolo amministratore possa assumere informazioni anche al di fuori e prima del contesto consiliare, purché si tratti di dati e documenti concernenti le materie poste all'ordine del giorno, al fine, tra l'altro, di evitare il protrarsi della seduta consiliare oltre ogni ragionevolezza. In tal caso, però, opererà l'ulteriore limite della richiesta di informazioni esclusivamente ai vertici della struttura operativa della società».

(29) In argomento v. MINVERINI G., *I poteri di controllo degli amministratori di minoranza (membro del comitato esecutivo con «voto consultivo»?)*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p. 812 e ss., secondo cui gli argomenti posti alla base della soluzione favorevole non persuadono, essendo retta l'amministrazione della società per azioni, quando pluri-personale, dal principio della collegialità, non derogabile dall'autonomia privata. Altrettanto contrari al riconoscimento di poteri individuali in capo ai singoli amministratori non esecutivi sono, tra gli altri, FERRI G., *Le società*, in VASSALLI (fondato da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1987, p. 667, secondo cui «fuori dal collegio il singolo amministratore non ha poteri, neppure quello di chiedere direttamente informazioni o di consultare personalmente i documenti sociali» e GAMBINO A., (nt. 28), il quale a p. 642 precisa come «i singoli amministratori esercitano le competenze loro affidate nell'ambito dell'organo collegiale e non hanno poteri individuali di gestione, salvo il conferimento di poteri delegati a singoli amministratori ex art. 2381 cod. civ. e il potere gestionale esterno connesso alla rappresentanza legale».

(30) Per un inquadramento v., in ultimo, BARACHINI F., *Delega gestoria e disciplina dei «flussi informativi»: poteri, doveri e responsabilità*, in *Approfondimenti*, in www.legislazionepenale.eu, 2016, p. 3.

(31) Come afferma CAGNASSO O., *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2003, p. 803 e ss., «la valutazione (dei deleganti) avviene, infatti, sulla base della relazione degli organi delegati. Quindi, il dovere di vigilanza è riferito alle informazioni fornite dai delegati». Confermano una tale lettura FERRARA JR F., CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2009, p. 624, secondo cui l'inciso «fermo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 2381» contenuto nel comma 2 dell'art. 2392 costituisce «un filtro tra atti di gestione e amministratori non esecutivi (...) che fa sì che la conoscenza di fatti pregiudizievoli sia per lo più destinata ad essere ottenuta tramite le informazioni date (se date) al consiglio dal comitato esecutivo stesso (o all'amministratore delegato) che li avrebbe posti in essere».

primi potenzialmente riconoscibile, di procedere autonomamente ad acquisire i dati necessari alla propria compiuta preparazione in caso di inerzia della componente esecutiva o del verificarsi di altre ipotesi patologiche legate al flusso di informazioni.

Punto, questo, che è oggetto specifico della trattazione contenuta nei prossimi capitoli, ma in merito al quale bisogna dare atto, fin da ora, delle due distinte posizioni venute a crearsi in dottrina, l'una intesa a negare, in modo convincentemente *tranchant*, una tale opzione⁽³²⁾, l'altra invece indirizzata ad offrire una rilettura «capovolta» del dato codicistico, inteso a mò di limite ed istruzione operativa innanzitutto per i delegati e non già alla stregua di rigido canone comportamentale per i deleganti ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Per un inquadramento della questione v. in ultimo CALVOSA L. *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 356. L'A., a p. 361 e s., richiama, tra i sostenitori della necessaria collegialità del potere ispettivo degli amministratori ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, p. 692 – secondo cui «vi è anche da notare che, quantomeno con riferimento al singolo componente dell'organo amministrativo, la legge fornisce indicazioni in merito al procedimento mediante il quale può (ed allora: deve) acquisire informazioni. Dispone infatti l'ultimo comma dell'art. 2381 c.c. che "ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che siano in consiglio fornite informazioni relative alla gestione della società". Ne risultano due indicazioni: che al singolo amministratore non è riconosciuto un autonomo potere (e correlativo dovere) individuale di indagine, ma le informazioni di cui abbisogna possono essere acquisite soltanto nell'ambito dell'organo collegiale. E che tali informazioni non sono da egli direttamente acquisite, bensì a lui fornite, gli pervengono quindi da altri» – nonché CENTONZE F., (nt. 23), p. 751, che evidenzia come nella nuova disciplina venga stabilito «il divieto, per gli amministratori, di esercitare poteri individuali extraconsiliari di informazione o di ispezione dal momento che nella fase di ricezione dei rapporti informativi degli esecutivi i singoli deleganti hanno, per legge, solo il potere, funzionale all'esercizio del dovere di valutare, di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" (art. 2381, ultimo comma)». Quanto ai poteri dei singoli amministratori v. per tutti BONELLI F., (nt. 21), p. 44 e ss.

⁽³³⁾ Sostiene la seconda lettura BARACHINI F., (nt. 26), p. 157 secondo il quale, in sintesi, il diritto di informazione «può essere esercitato autonomamente in tutti i casi ciò non comporti l'insorgere di un corrispondente dovere di informazione dei delegati» ponendosi la norma come «limite per i delegati e non per i deleganti: e ciò nel senso che si è inteso disciplinare non già i canali con cui i deleganti sono autorizzati ad accedere alle informazioni, quanto invece i criteri mediante i quali i delegati devono provvedere a rendere le informazioni richieste». Da registrare, poi, l'opinione di SPOLIDORO M.S., *Poteri di controllo individuale degli amministratori «non delegati» nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1077 e ss., che, attraverso un percorso «induttivo» ipotizza un ampliamento dei poteri «d'intromissione» riconosciuti agli amministratori delle s.r.l. anche nei perimetri delle s.p.a. In materia v. anche la posizione di REGOLI D., *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 1121 e ss., secondo cui (spec. p. 1129) a fronte dell'ordinario esercizio collegiale di qualsivoglia potere informativo, solo in condizioni «emergenziali» e «patologiche» di sospetto derivante dalla incompletezza o scorrettezza delle informazioni ricevute sarà possibile un «maggior grado di attivazione individuale del singolo amministratore»; nonché quella di GIANNELLI G., *Sui poteri di controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, Bari, 2011, p. 507 e ss.

6. La corporate governance delle banche.

Come è noto, le questioni sommariamente affrontate finora a titolo introduttivo assumono particolare rilevanza laddove rapportate alla materia – oggi di particolare interesse, oltreché oggetto di recenti e puntuali contributi, cui si rimanda per un approfondimento generale del tema⁽³⁴⁾ – della *corporate governance* delle banche. Per tale motivo, lo scritto che segue intende ripercorrere le questioni esposte così come venute a manifestarsi nella disciplina settoriale disegnata dalla Banca d'Italia, focalizzandosi, innanzitutto, sul tema relativo alla riformulazione e al riposizionamento degli amministratori non esecutivi all'interno delle dinamiche del controllo interno societario delle banche.

Le considerazioni offerte nel prosieguo non intendono affrontare, pertanto, né gli ulteriori temi di estremo interesse (si pensi solo alle innovazioni fornite dalla c.d. disciplina «per funzioni», ai problemi legati ai sistemi di amministrazione e controllo alternativi e all'argomento dell'incentivazione dei *managers*) affrontati dalle più recenti disposizioni emanate dall'Autorità di Vigilanza (Circolare Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 *s.m.i.* – *Disposizioni di vigilanza per le banche*), né il problema di vertice – già oggetto di

⁽³⁴⁾ Per un'analisi introduttiva della questione, oltre agli autori citati nel prosieguo, si vedano AA. VV., *Il governo delle banche*, in PRINCIPE A. (a cura di), *Atti del Convegno di Salerno del 27 giugno 2014, Quaderni di Giur. comm.*, Milano, 2015; AA. VV., *La governance delle società bancarie*, (nt. 23); CALANDRA BUONAURA V., *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in BENAZZO P., CERA M. e PATRIARCA S. (diretto da), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Torino, 2011, p. 653 e ss.; ID., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa e società*, 2015, p. 19 e ss.; ID., *La banca: l'impresa e i contratti*, in COTTINO G. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2001; CERA M., *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2001; ID., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 947 e ss.; CICCHINELLI S., *Il governo dell'impresa bancaria (riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 423 e ss.; DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 525 e ss.; MARCHETTI P., *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 413; MINTO A., (nt. 15); ID., *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012; MONTALENTI P., *La Corporate Governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A., *Società, Banche e Crisi d'Impresa*, 2014, p. 2167 ss.; PORTALE G. B., *La corporate governance delle banche*, in *Riv. soc.*, 2016, p. 48 e ss.; TARANTOLA A. M., *Il sistema dei controlli interni della governance delle banche, intervento al Convegno Dexia Crediop del 6 giugno 2008*, reperibile al sito https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2008/tarantola_090608_dexia_gov.pdf; VELLA F., *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, impresa e società*, 2014, p. 289 e ss.

precise letture⁽³⁵⁾ – della disciplina speciale, consistente, in estrema sintesi, nella legittimità delle «*deroghe*» da questa apportate all'impianto codicistico e nell'estrema analiticità delle disposizioni regolamentari⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾.

7. Il tema degli amministratori non esecutivi nella regolamentazione delle banche.

L'attenzione dell'Autorità di Vigilanza al tema degli amministratori non esecutivi si manifesta in diverse direzioni. In tal sede, riterrei opportuno selezionarne alcune, distinte ma complementari, consistenti nella (i) rivisitazione quanti-qualitativa della componente amministrativa, delegata e delegante, all'interno della s.p.a. bancaria; nella (ii) riformulazione, «*in aumento*», dei compiti tipicamente assegnati alla componente non esecutiva; nella (iii) più analitica identificazione dei comitati interni all'organo con funzione di supervisione strategica; nonché nell'incisiva (iv) rilettura del ruolo del presidente del consiglio di amministrazione.

7.1. La rivisitazione quanti-qualitativa degli organi sociali.

La regolamentazione in tema di composizione e articolazione interna degli organi sociali, logico presupposto della trattazione che segue, rappresenta una delle maggiori novità offerte dalla Circolare 285 del 2013 (da ora in poi Circolare 285), portando questa a termine, con uno sforzo chiarificatore degno

⁽³⁵⁾ Per tutti, v. sul punto COSTI R., VELLA F., *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2008, n. 62, reperibile sul sito istituzionale della Banca d'Italia.

⁽³⁶⁾ V., sul punto, SCOTTI CAMUZZI S., *Le nuove Disposizioni di Vigilanza sul Sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 147 e ss

⁽³⁷⁾ Tra gli interventi rilevanti dell'Autorità di Vigilanza vanno annoverati: (i) la Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (*Istruzioni di vigilanza per le banche*); le (ii) «*Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*», emanate dalla Banca d'Italia il 4 marzo 2008 – contemplate ed integrate dal documento denominato «*Applicazione delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*», emanato dalla nostra Banca Centrale l'11 gennaio 2012; la (iii) Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006, recante «*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*», s.m.i.; nonché la (iv) Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013, intitolata «*Disposizioni di vigilanza per le banche*», aggiornata, per quanto di interesse in tal sede, il 6 maggio 2014 nella sua Parte Prima in tema di «*Governo Societario*», nonché nel luglio 2015 con specifico riferimento al sistema dei controlli interni (si tenga presente che anche il 16° ed il 17° aggiornamento alla Circolare, intervenuti rispettivamente nel maggio e nel settembre 2016, affrontano il problema del controllo interno, sebbene con riferimento ad aspetti diversi – ad esempio relativi ai principi organizzativi o a specifiche attività o profili di rischio – non direttamente impattanti sull'argomento del *paper*. Motivo, questo, per il quale ci si limita a menzionare tali ultimi provvedimenti, rinviando ad altra sede una loro più attenta trattazione).

di apprezzamento, l'iter già intrapreso, sebbene in via di principi generali, nella precedente normativa⁽³⁸⁾.

In particolar modo, se nelle Disposizioni del 2008, Banca d'Italia si era infatti limitata a dettare alcune linee guida in materia, per lo più riconducibili ad un principio generale di «*igiene organizzativa*»⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾, è dato registrare come, proprio con il suo ultimo intervento, l'Autorità si muova oggi su due piani distinti, precisando tanto i limiti quantitativi imposti, quanto quelli qualitativi richiesti, ai componenti degli organi collegiali, nella consapevolezza che una più ristretta e qualificata composizione degli stessi assuma «*rilievo centrale per l'efficace assolvimento dei compiti che sono loro affidati dalla legge, dalle disposizioni di vigilanza e dallo statuto*»⁽⁴¹⁾.

Volendosi soffermare per un istante su questi aspetti, basti in tal sede ricordare come la disciplina «*speciale*» affermi, in materia, il principio per cui un numero eccessivamente elevato di consiglieri non possa che portare ad una composizione pletorica e sovrabbondante dell'organo di riferimento e, conseguentemente, ad una presunzione di inefficienza dello stesso⁽⁴²⁾. Assunto, questo, dal quale deriva, a livello pratico, la tanto precisa quanto anomala (e derogabile in casi eccezionali) richiesta⁽⁴³⁾, indirizzata agli elettori dei consiglieri, di prevedere, nelle banche maggiori, non più di 15 componenti (o 19, in caso di adozione del sistema monistico, o 22, in caso di adozione del sistema dualistico).

⁽³⁸⁾ Sul punto, per tutti, v. CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 21 e ss.

⁽³⁹⁾ Così DE PRA A., (nt. 34), p. 579, che richiama le parole di D'AMBROSIO R., PERASSI M., *Il governo societario delle banche*, in VIETTI M. (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, Torino, 2014, p. 209 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per un approfondimento delle quali si rimanda a COSTI R., VELLA F., (nt. 35).

⁽⁴¹⁾ Questa, nello specifico, la convinzione della Circolare, così come chiaramente enucleata nei Principi generali dettati in tema di Composizione e Nomina degli Organi Sociali (v. Parte Prima.IV.1.15).

⁽⁴²⁾ E ciò benché, come sottolineato anche in sede internazionale – sul punto v. per tutti ANDRES P. e VALLELADO E., *Corporate governance in banking: The role of the board of directors*, in *Journal of Banking & Finance*, 2008, p. 2570 e ss. – non sia provata una correlazione causa effetto tra i due elementi in parola. Gli autori poc'anzi citati sono anche richiamati da DE PRA A., (nt. 34), p. 579, il quale, da parte sua, sottolinea giustamente a p. 580 come su tale tema (così come su quello degli *independenti*) non vi sia certezza alcuna, stante che «*se da un lato un numero maggiore di componenti può agevolare l'attività di monitoring e di advisory, dall'altro lato – e oltre un certo limite – i problemi di coordinamento non sono tali da compensare i benefici attesi*».

⁽⁴³⁾ Sul punto, v. per tutti, la lucida critica di CERA M., *Il buon governo*, (nt. 34), p. 950 e ss., il quale ricorda che «*le perplessità che operatori e studiosi hanno provato ad avanzare attengono al grado di dettaglio prescrittivo e ad una certa omogeneizzazione delle soluzioni, al di là della pur recepita distinzione, per alcune di esse, fra banche di diversa taglia dimensionale. Si tratta di evitare, in concreto, il rischio di una connotazione troppo rigida degli statuti delle banche, quasi uno statuto-tipo, che nel lungo periodo può frenare l'innovazione e l'evoluzione e, nel breve periodo, far tendere verso una uniformità non rispettosa delle istanze e degli assetti della singola banca e della varietà della cultura socio-giuridica propria di ogni sistema economico-istituzionale*».

Per quanto attiene, di contro, alla regolamentazione qualitativa dei componenti degli organi collegiali, questa risulta essere finanche più consistente ed ispirata a due principi – quello della competenza professionale e quello della c.d. «*board diversity*» – comprensibili nell'intento, sebbene forse estremizzati nella loro applicazione pratica.

In particolare, la preoccupazione della Vigilanza alle qualità dei consiglieri tutti, esecutivi e non, riguarda tanto il profilo soggettivo (secondo la Circolare 285, tali soggetti devono infatti essere «*pienamente consapevoli dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni*» svolte) quanto quello oggettivo (es. il dato temporale dedicato all'ufficio ricoperto) loro riconducibile, e finisce con il disegnare un quadro a mio avviso capace di rivedere al rialzo sia il canone generale della «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze*» di cui all'art. 2392 cod. civ., sia il paradigma dell'agire in «*modo informato*» di cui all'art. 2381 cod. civ., con conseguenti ripercussioni sul rapporto dialettico intercorrente tra componente delegata e delegante del consiglio nonché, come si dirà nel prosieguo, sul regime di responsabilità in capo a quest'ultima configurabile⁽⁴⁴⁾.

7.2. I compiti assegnati alla componente non esecutiva.

A valle della questione relativa al numero e alle qualifiche dei componenti del c.d.a., la Circolare 285 rivisita, in profondità, il tema delle deleghe di gestione all'interno del consiglio di amministrazione, secondo un'impostazione intesa a consegnare all'organo di supervisione strategica un ruolo nevralgico fin dalla predisposizione di idonei assetti di governo e di controllo della società, oltreché nella verifica della corretta attuazione degli stessi e nell'eventuale assunzione di idonee soluzioni in caso di possibili lacune o inadeguatezze.

⁽⁴⁴⁾ E ciò, senza voler tenere conto, per altro, di alcune questioni di natura eminentemente pratica, nello specifico relative al processo di nomina dei consiglieri menzionati e, più in particolare, al «*ruolo fattivo*» assegnato, dalle Disposizioni di Vigilanza, al comitato nomine all'interno di un tale processo di selezione. In particolare, profilo problematico della disciplina regolamentare sarebbe, infatti, il tentativo di affidare al consiglio e al Comitato poc'anzi citato un penetrante ruolo di regia nell'individuazione e nella valutazione dei possibili candidati, senza però riservare, di contro, l'opportuna attenzione alla posizione degli azionisti, i quali – in aperto contrasto con le previsioni codicistiche applicabili (come noto volte a riconoscere ai soci una competenza esclusiva, in assenza di condizionamenti o doveri di motivazione in merito, alla formazione e presentazione delle liste dei candidati consiglieri) – in caso di disaccordo con le risultanze emerse dall'attività svolta dall'organo consiliare, si vedrebbero addirittura tenuti a motivare eventuali loro scelte difformi. Il profilo è sollevato da CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 22 e s., il quale legge nell'intervento esterno nel processo in oggetto nulla più che una semplice raccomandazione, con la conseguente impossibilità di procedere, in caso di divergenze, «*ad una dichiarazione di decadenza dalla carica per mancanza di requisiti come avviene nel caso in cui siano assenti i requisiti di professionalità ed onorabilità stabiliti dal D.M. 18 marzo 1998, n. 161 o quelli eventualmente prescritti dallo statuto*».

In materia, e pur a fronte di qualche attenta e condivisibile nota critica⁽⁴⁵⁾, le disposizioni regolamentari precisano, da un lato, il contenuto delle deleghe conferite all'organo gestorio (da determinarsi «*in modo analitico e (..) caratterizzate da chiarezza e precisione, anche nell'indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio*») e prospettano, dall'altro, una profonda rivisitazione della questione, affermando come, ferme le attribuzioni *ex lege* non delegabili, spettino alla funzione di supervisione strategica⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾ – non potendo pertanto costituire oggetto di «*incarico*» agli esecutivi⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾ –

⁽⁴⁵⁾ Bastino, per tutti, le parole di CALANDRA BUONAURO V., *Crisi*, (nt. 34), p. 689, il quale ritiene infatti che «*se una critica può essere rivolta all'Autorità di Vigilanza è quella di non essere intervenuta in modo più deciso sulla disciplina delle deleghe escludendo la possibilità che, all'interno del consiglio di gestione, venga attribuita ad un membro una delega che abbia contenuto generale che, in virtù dell'applicazione dell'art. 2392, comma 2, cod. civ., finisce col deresponsabilizzare gli altri componenti dell'organo di gestione*».

⁽⁴⁶⁾ Come evidenzia DE PRA A., (nt. 34), p. 547, «*nella versione definitiva delle Disposizioni un elemento di novità è rappresentato dal fatto che il catalogo delle competenze necessariamente collegiali, e quindi non delegabili, viene attribuito all'organo con funzione di supervisione strategica, mentre nel precedente testo tale specificazione non era prevista. In assenza della modifica recentemente aggiunta, nel passato la previsione della limitazione delle deleghe veniva interpretata nel senso che: (i) nei sistemi tradizionale e monistico la competenza collegiale era riservata al consiglio di amministrazione; (ii) nel sistema dualistico con consiglio di sorveglianza munito o meno dei compiti di "alta amministrazione" la competenza collegiale era attribuita in ogni caso in capo al consiglio di gestione, organo con funzione di gestione e ritenuto quindi destinatario delle competenze non derogabili*». E' poi opportuno evidenziare come l'indicazione regolamentare in commento paia escludere *tout court* l'ammissibilità, per quanto attiene alle società bancarie, tanto delle deleghe «*generali*» quanto di quelle «*generiche*», si direbbe in virtù della tendenziale e pericolosa incertezza da queste derivante. In tal senso, i meccanismi di *governance* suggeriti dall'Autorità di Vigilanza, come detto intesi a garantire un più forte coinvolgimento del c.d.a. tutto nei processi decisionali di maggior rilievo, si pongono in linea di continuità con la disciplina formulata per le società quotate, già indirizzata a delimitare il raggio delle materie delegabili e a stabilire un catalogo di operazioni necessariamente rientranti nella competenza del *plenum*. Per un'analisi della questione e delle distinte posizioni intorno a questa gravitanti v. BARACHINI F., (nt. 26), p. 124 e ss. Quanto, invece, al problema delle deleghe atipiche v. MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza*, (nt. 1), p. 846 e s.

⁽⁴⁷⁾ Rimane comunque ferma la previsione con cui la Circolare specifica che nelle banche che adottano il modello di amministrazione dualistico, quando al consiglio di sorveglianza sono attribuite funzioni di supervisione strategica (art. 2409-terdecies, co. 1, lett. f-bis, del cod. civ.), possono essere attribuiti al consiglio di gestione – con espresso divieto di sub-delega – i seguenti compiti: la nomina e la revoca del direttore generale; l'approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni. V. sul punto Circ. 285, Parte Prima.IV.1.9, sub nota 4.

⁽⁴⁸⁾ Nota, altresì, e riproponibile anche nei perimetri della disciplina bancaria, è la *querelle* relativa all'ammissibilità del conferimento di deleghe nel consiglio di gestione a favore dei suoi componenti. V. sul punto le analisi e i precisi richiami bibliografici di DE PRA A., (nt. 34), p. 551, sub nota 70.

⁽⁴⁹⁾ Si ricordi che, di contro, l'organo con funzione di gestione definisce e cura l'attuazione del processo di gestione dei rischi (i) stabilendo i limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio; (ii) agevolando lo sviluppo e la diffusione a tutti i livelli di una cultura del rischio integrata in relazione alle diverse tipologie di rischi ed estesa a tutta la banca; (iii) stabilendo le responsabilità delle strutture e delle funzioni aziendali coinvolte nel processo di gestione dei rischi; (iv) esaminando le operazioni di maggior rilievo oggetto di parere negativo da

alcuni compiti a ben vedere cruciali per le dinamiche di controllo interno⁽⁵⁰⁾, quali sono quelli relativi (i) alla predisposizione di assetti organizzativi adeguati⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾, (ii) alla costituzione di eventuali comitati interni agli organi aziendali e (iii) alla nomina e alla revoca – sentito l'organo con funzione di controllo – dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi⁽⁵³⁾ (v. sul punto Circolare 285, Parte Prima.IV.1.9, lett. b) ed e).

A prescindere dalle questioni sollevate ai punti *sub (ii)* e *sub (iii)*, è necessario sottolineare come la prima tematica esposta – relativa al coinvolgimento della supervisione strategica, e cioè di tutti gli amministratori, esecutivi e non, nella fase di strutturazione dell'assetto societario – prospetti

parte della funzione di controllo dei rischi e, (v) definendo e curando 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 (v. sul punto Circolare 285, Parte Prima. IV.3.12).

⁽⁵⁰⁾ Senza dimenticare, in ogni caso, che all'organo con funzione di supervisione strategica spettano (non potendo divenire oggetto di delega), (i) la nomina e la revoca del direttore generale; (ii) l'assunzione e la cessione di partecipazioni strategiche; (iii) l'approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni; (iv) l'eventuale costituzione di comitati interni agli organi aziendali; e (v) la nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi (v. sul punto Circolare 285, Parte Prima.IV.1.9).

⁽⁵¹⁾ All'interno dei quali, il sistema dei controlli interni assumerebbe già di per sé i connotati di «*segmento e fulcro*». Così, per tutti, MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, (nt. 1), p. 48, nonché FERRARINI G., (nt. 15). Sempre in materia, d'obbligo il richiamo a IRRERA M., *Assetti adeguati*, (nt. 15); ID., *Assetti organizzativi adeguati*; (nt. 15); ID., *Profili di corporate governance*, (nt. 15); ID., *L'obbligo di corretta amministrazione*, (nt. 15); KUTUFÀ L., (nt. 15); MINTO A., (nt. 15) e RIOLFO G., (nt. 15).

⁽⁵²⁾ In particolare, ai sensi della Circolare 285 del 2013, l'organo con funzione di supervisione strategica definisce l'assetto complessivo di governo e approva l'assetto organizzativo della banca, ne verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze (v. sul punto Circolare 285, Parte Prima.IV.1.9).

⁽⁵³⁾ Nota, infatti, la centralità dell'organo con funzione di supervisione strategica nelle dinamiche di controllo interno stante che a questo è assegnato il compito di definire ed approvare, *inter alia*, (i) il modello di *business* della banca, avendo consapevolezza dei rischi cui tale modello espone la banca stessa e comprensione delle modalità attraverso le quali i rischi sono rilevati e valutati; (ii) gli indirizzi strategici; (iii) gli obiettivi di rischio, la soglia di tolleranza (ove identificata) e le politiche di governo dei rischi; (iv) le linee di indirizzo del sistema dei controlli interni, nonché (v) i criteri per individuare le operazioni di maggiore rilievo da sottoporre al vaglio preventivo della funzione di controllo dei rischi. Sempre all'organo con funzione di supervisione strategica è inoltre chiesto di approvare: (vi) 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; (vii) il processo di gestione del rischio, valutandone la compatibilità con gli indirizzi strategici e le politiche di governo dei rischi; (viii) le politiche e i processi di valutazione delle attività aziendali, e, in particolare, degli strumenti finanziari, verificandone la costante adeguatezza; (ix) il processo per lo sviluppo e la convalida dei sistemi interni di misurazione dei rischi non utilizzati a fini regolamentari. Sul punto, v. Circolare 285, Parte Prima. IV.3.9.

alcuni potenziali distinguo dalla disciplina dettata per le società di diritto comune, capaci di apportare una concreta riformulazione alla natura dell'incarico amministrativo nelle società bancarie⁽⁵⁴⁾⁽⁵⁵⁾.

In particolare, l'intervento dell'Autorità di Vigilanza, in quanto attributivo di importanti mansioni altresì ai componenti deleganti del consiglio, parrebbe finanche in disaccordo con le strutture di governo societario disegnate dal codice civile, e ciò, *in primis*, con riferimento al tema degli assetti organizzativi adeguati e al noto binomio funzionale - nella disciplina settoriale sempre più indebolito - tra «*valutazione*» (dei deleganti) e «*cura*» (dei delegati), sul punto stabilito dall'art. 2381 cod. civ.⁽⁵⁶⁾⁽⁵⁷⁾.

Ciò non bastasse, l'esplicita richiesta della Vigilanza di prevedere un contributo fattivo dei diversi consiglieri, parrebbe comportare alcune conseguenze degne di nota, restando da approfondire, innanzitutto, come una tale previsione «*impatti (..) sulla responsabilità dei componenti non esecutivi del consiglio di amministrazione ora gravati da nuovi compiti*»⁽⁵⁸⁾.

In particolare, a porsi a mo' di elemento problematico della rinnovata disciplina enucleata dalla Circolare 285 sarebbe proprio l'assegnazione, anche ai consiglieri non esecutivi, di ruoli e mansioni operative che - di natura decisoria o di fatto finanche gestionale, soprattutto in tema di controlli interni⁽⁵⁹⁾ - risulterebbero non pienamente inquadrabili all'interno della fattispecie di cui all'art. 2381 cod. civ., oltreché in parziale disaccordo con la funzione *monitoring* - nel settore bancario sistematicamente rivista a favore di un maggiore coinvolgimento diretto degli amministratori privi di deleghe - normalmente ricoperta dal c.d.a. nei termini poc' anzi illustrati.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto, con riferimento al tema della *business judgment rule*, v. CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 33; nonché, per un inquadramento generale, MINTO A., *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2015, p. 27 e ss.

⁽⁵⁵⁾ Sulle criticità mostrate in materia, dalla disciplina settoriale v. CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 33 e ss. e PORTALE G.B., (nt. 34); articolo, quest'ultimo, che riprende le opinioni espresse dall'A. al Convegno Internazionale di Studi «*Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*», tenuto a Venezia il 13-14 novembre 2015.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto, v. in ultimo e diffusamente KUTUFÀ I., (nt. 15), oltre alle considerazioni già svolte al Capitolo 1 del seguente lavoro.

⁽⁵⁷⁾ Così, per l'appunto, PORTALE G.B., (nt. 34), p. 55 e s.

⁽⁵⁸⁾ Così sempre PORTALE G.B., (nt. 34), p. 55 e s., il quale si interroga su come «*debba essere adattata la norma che, da un lato, impone agli amministratori di agire, nell'adempimento dei loro doveri, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze; dall'altro, che essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*».

⁽⁵⁹⁾ V., sul punto, le critiche che seguono, rivolte al regime di responsabilità imposto ai Comitati c.d. consultivi e istruttori di cui alla Circolare 285 del 2013.

7.3. L'accrescimento (ed il superamento) dell'anima *monitoring* del board bancario ed il rischio di ritorno ad una «vigilanza diffusa sull'andamento della società». Verso un'indebita assimilazione delle responsabilità tra «deleganti» e «delegati»?

Il tema in ultimo richiamato porta ad interrogarsi sull'attenzione, riservata dall'Autorità di Vigilanza, ad una suddivisione maggiormente equilibrata ed efficiente tra amministratori esecutivi e quella componente delegante che, sottoposta ai requisiti qualitativi già menzionati⁽⁶⁰⁾ anche con riferimento alla presenza «*indipendente*»⁽⁶¹⁾, è chiamata a ricoprire un ruolo – definito dallo stesso regolatore «*determinante per la sana e prudente gestione della banca*» – di vero e proprio partecipante alle decisioni assunte all'interno del Consiglio, nonché a svolgere «*un'importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi*»⁽⁶²⁾.

In particolare, la valorizzazione dei consiglieri deleganti assumerebbe, ai sensi della Circolare 285, posizione nevralgica, e ciò sia con riferimento (i) al ruolo a questi affidato – per il tramite della rinnovata disciplina della gestione delegata, di cui si è detto – nella predisposizione di adeguati sistemi di controllo interno⁽⁶³⁾, sia, e più in generale, in relazione (ii) alla rivisitazione di quelle

⁽⁶⁰⁾ Chiara, sul punto, la Circolare 285 del 2013, nell'affermare che l'autorevolezza e la professionalità dei consiglieri non esecutivi devono essere adeguate all'efficace esercizio di queste funzioni.

⁽⁶¹⁾ Sul ruolo specifico degli indipendenti all'interno dei sistemi di controllo si vedano, tra i molti contributi, BELCREDI M., *La questione del ruolo specifico degli indipendenti nei sistemi di governance*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, p. 67; MARCHETTI P., *Quale indipendenza per gli amministratori*, *ivi*, p. 33; ENRIQUES L., *Breve commento sulla natura e il ruolo degli amministratori indipendenti*, *ivi*, p. 41 e ss. FERRARINI G., *Funzione del Consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, *ivi*, p. 49 e s. e TOMBARI U., *Amministratori indipendenti, sistema dei controlli e corporate governance: quale futuro?*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate Governance e «sistema dei controlli» nelle s.p.a.*, Torino, 2013, p. 35 e ss.

⁽⁶²⁾ Così la Circolare 285 a p. 230. Contrariamente alle definizioni data nella versione del 2008, le attuali disposizioni definiscono la componente non esecutiva in sottrazione, stabilendo che sono esecutivi (e, quindi, non sono deleganti) «(i) i consiglieri che sono membri del comitato esecutivo, o sono destinatari di deleghe o svolgono, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa; (ii) i consiglieri che rivestono incarichi direttivi nella banca, cioè hanno l'incarico di sovrintendere ad aree determinate della gestione aziendale, assicurando l'assidua presenza in azienda, acquisendo informazioni dalle relative strutture operative, partecipando a comitati manageriali e riferendo all'organo collegiale sull'attività svolta; (iii) i consiglieri che rivestono le cariche sub i) o gli incarichi sub ii) in qualsiasi società del gruppo bancario». V. sul punto Circolare 285, Parte Prima.IV.1.3. In particolare, sui compiti assegnati alla componente non esecutiva, già oggetto di specifico approfondimento del *paper*, v. Circ. 285, Parte Prima.IV.1.18.

⁽⁶³⁾ In relazione ai quali gli amministratori non esecutivi abbandonerebbero il tipico *onus vigilandi* loro assegnato per ricoprire un vero e proprio ruolo attivo, in parte paragonabile a

dinamiche propriamente endo-consiliari, ora riproposte da Banca d'Italia in ottica di rafforzamento del dovere-potere di vigilanza dei non esecutivi, con conseguente ribilanciamento del regime di responsabilità a questi ricollegabile.

In particolare con riferimento al secondo profilo menzionato, è necessario infatti sottolineare come le Disposizioni in parola rivedano, integrandolo, il dettato codicistico di riferimento, secondo alcune linee guida intese ad ampliare – non senza alcune difficoltà di coordinamento e con il chiaro effetto di accrescere (se non, finanche, di superare) il ruolo e l'efficacia dell'anima *monitoring* del *board* – il novero dei «poteri di informazione» degli amministratori deleganti, con tangibili variazioni rispetto a quanto stabilito per le società di diritto comune.

In altri termini, *punctum dolens* della normativa regolamentare sarebbe, innanzitutto, la previsione con cui la Circolare 285 prevede un netto accrescimento degli strumenti di informazione attribuiti agli amministratori non esecutivi, ai quali viene imposto di «*acquisire, avvalendosi dei comitati interni, ove presenti, informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale dal management, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo*» (cfr. Circolare 285, Parte Prima.IV.1.18).

Previsione, questa, che – sebbene in parte condivisibile, in quanto diretta a scongiurare una sostanziale de-responsabilizzazione degli amministratori sprovvisti di delega⁽⁶⁴⁾ per il tramite di un netto potenziamento dell'aspetto riflessivo del dovere informativo loro imposto⁽⁶⁵⁾ – a ben vedere andrebbe contestualizzata con particolare attenzione, in quanto altrimenti capace di aprire le porte alla configurazione di un vero e proprio potere-dovere informativo rafforzato in capo agli amministratori non esecutivi, con conseguente innalzamento della diligenza professionale loro richiesta e correlate ricadute sul piano della loro responsabilità, a tal punto ampliata da risultare finanche «*appiattita*» su quella dei delegati⁽⁶⁶⁾.

quello ricoperto, nelle società di diritto comune, dai consiglieri cui vengono conferite deleghe gestionali.

⁽⁶⁴⁾ Come è noto, spesso indentificati alla stregua di meri destinatari passivi della vigilanza societaria.

⁽⁶⁵⁾ Per un inquadramento sul punto, v. CAPUTO M., (nt. 21), p. 907.

⁽⁶⁶⁾ Critico, sul punto, MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 707 e ss. (spec. p. 736 e s.) secondo cui «*deve ribadirsi un principio cardine del diritto societario che (la citata) sentenza della Cassazione sembra avere posto in discussione, proprio con riferimento alle sanzioni Bankitalia, e cioè il principio della netta distinzione di poteri e quindi di responsabilità tra amministratori senza deleghe e amministratori esecutivi. La Cassazione*» prosegue l'A. «*sembra appiattare le responsabilità dei non esecutivi su quelle dei delegati in ragione della funzione strategica. Il dictum non è fondato: l'art. 2381 ha oggi chiarito inequivocabilmente che il consigliere senza deleghe non ha poteri ispettivi (cfr. art. 2381, comma 6°), che può soltanto in consiglio chiedere informazioni, che valuta la gestione soltanto sulla base*

Il tema è senza alcun dubbio di vertice, tanto più se rapportato alle posizioni espresse dalla più recente giurisprudenza di merito e legittimità⁽⁶⁷⁾ che, nell'affermare il principio per cui gli amministratori deleganti hanno un costante potere-dovere di controllo attivo sugli organi delegati (derivante dal fatto che questi ultimi operano per conto dell'organo collegiale, alle cui direttive devono uniformarsi – v. App. Roma, 12 giugno 2006 e App. Roma, 25 gennaio 2007)⁽⁶⁸⁾, rimodula il principio dell'«*agire informati*» nella società bancaria in chiave derogatoria con quanto invece tipico della disciplina comune⁽⁶⁹⁾,

delle informazioni ricevute. Egli deve agire informato e non può certo adagiarsi in recezione passiva, ma non ha e non può avere il rapporto diretto con l'operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità. Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare e che non può non riflettersi anche sul piano sanzionatorio».

⁽⁶⁷⁾ Sebbene riferita al solo profilo sanzionatorio.

⁽⁶⁸⁾ Le sentenze sono reperibili in RDS, *Rivista di diritto societario*, 2008, 2, p. 327, con nota di BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità da colpa da parte dei singoli consiglieri*.

⁽⁶⁹⁾ Circa gli arresti relativi alle società di diritto comune v., tra gli altri e con riferimento alla giurisprudenza ante riforma, v., per tutti, Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. it.*, 2004, p. 557 e ss. con nota di CAGNASSO O., *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la «delega di fatto» tra norme «vecchie» e «nuove»*, a cui si rinvia per le indicazioni di dottrina. Si vedano, poi, Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, *cit.*, che si richiama nuovamente per l'estrema importanza e che delimita il diritto-dovere di intervento diretto degli amministratori non esecutivi specificando come «*nel contesto normativo attuale, gli amministratori non operativi rispondono per non aver impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza (anche per effetto delle informazioni ricevute ai sensi del terzo comma dell'articolo 2381 c.c.) ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'articolo 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze": altrimenti si ricadrebbe nella configurazione di un generale obbligo di vigilanza che la riforma ha invece volutamente eliminato*». Ma v. anche Cass. pen., 19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, p. 377 e ss., con nota di SACCHI R., che aderisce alla tesi prevalente in dottrina (spec. p. 386) secondo la quale, salvo diversa previsione statutaria, i singoli amministratori deleganti non possono chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e non possono compiere atti individuali di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio, che può esercitarli direttamente oppure delegando il loro esercizio a uno o più suoi componenti o a comitati costituiti nel suo ambito. Impostazione, questa, ritenuta condivisibile dall'A. in ultimo citato, deponendo a suo favore elementi testuali quali «*il 6° comma dell'art. 2381 c.c. (che) prevede espressamente che le informazioni siano fornite in consiglio (nonché il) 3° comma della disposizione, secondo cui la valutazione da parte del c.d.a. del generale andamento della gestione è compiuta sulla base della relazione degli organi delegati*». E' sempre l'A. in ultimo a citato a sottolineare come d'altronde una soluzione diversa rischierebbe di portare al ripristino del sistema previgente, caratterizzato da una indiscriminata estensione della responsabilità agli amministratori deleganti. Quanto alle pronunce di merito si ricordi l'isolata Trib. Lecce, 2 dicembre 2010, in *Vita not.*, p. 379 (citata da REGOLI D. (nt. 33), p. 1127 sub nota 25) secondo cui «*il diritto di informazione autonoma sui dati aziendali è implicito nella figura di amministratore (sia pure di minoranza o sprovvisto di delega), essendo a tale figura riconosciuto per legge il potere di amministrazione, il cui effettivo esercizio non è immaginabile separato dall'approfondita conoscenza dei dati aziendali*». In generale sulla permanenza della responsabilità

facendolo divenire particolarmente stringente anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost. – la cui rilevanza pubblicistica «*plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile*» (v. Cass., Sez. I, 9 novembre 2015, n. 22848) – oltretutto ricollegato (questo parrebbe essere il *trend*), nella sua concreta operatività, non tanto alle segnalazioni provenienti dagli amministratori deleganti attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, quanto piuttosto alla necessaria conoscenza, da parte di tutto il *board*, del *business* bancario.

Da ciò derivando, pertanto, da un lato, (i) un netto rafforzamento della posizione degli amministratori non esecutivi, cui viene riconosciuto l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi (Cass., Sez., II, 5 febbraio 2013, n. 2737)⁽⁷⁰⁾, nonché, dall'altro, (ii) una tendenziale e preoccupante (oltretutto rinnovata?!) oggettivizzazione della responsabilità derivante dall'incarico gestorio nelle s.p.a. bancarie, secondo uno schema capace di ricollegare il disposto dell'art. 2392 cod. civ. *tout court* alla qualifica di amministratore, rimettendo alla distinzione tra delegati e deleganti, al più, la sola determinazione della diversa misura della sanzione irrogata (v., sul punto, Cass., Sez. II, 24 febbraio 2016, n. 3656 e Cass., Sez. II, 5 agosto 2016, n. 16587).

E' in tali termini, dunque, che il citato potenziamento dell'azione informativa degli amministratori deleganti sulla restante compagine aziendale e, soprattutto, la paventata loro attribuzione di poteri ispettivi diretti – in aperto contrasto con l'attuale disciplina codicistica di riferimento – andrebbe a mio

gestoria in capo ai deleganti v. Cass., 9 gennaio 2013, n. 319, in *Giur. it.*, 2013, p. 1564, con nota di BERARDI M.A., affermativa del principio secondo cui «*la presenza di amministratori con funzioni delegate non comporta che gli altri siano esonerati da responsabilità solidale per i danni derivanti dalla condotta dei primi, in quanto gli amministratori senza delega sono investiti del dovere generale di valutare l'andamento della gestione e la sua violazione comporta il riconoscimento della loro responsabilità, salvo che non sussista la prova che l'amministratore, pur essendosi comportato diligentemente, non abbia potuto in concreto esercitare la dovuta vigilanza a causa del comportamento ostantivo degli altri componenti del consiglio di amministrazione*».

⁽⁷⁰⁾ Il riferimento è alla nota Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Foro it.*, 2013, I, p. 2577, ma anche in *NDS, Il nuovo diritto delle società*, 2013, 11, p. 77 e ss. con nota di MOLLO G., *Responsabilità degli amministratori deleganti di società bancaria per violazione del dovere di agire informato*; in *Giur. comm.*, 2015, p. 27, con nota di MINTO A., (nt. 54); e in *Riv. dir. comm.*, 2014, p. 139, con nota di CICCHINELLI S., *Il dovere di agire informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*. Sempre in tema, si veda, in ultimo, Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in *www.dirittoegustizia.it*, con nota di TANTALO L., *Gli amministratori di banca rispondono degli illeciti in modo del tutto automatico?*; nonché, in corso di pubblicazione, su *Giur. comm.*, 2017, con nota di RIGANTI F., *Cassazione civile e amministratori non delegati di banca: verso un'irresponsabile allocazione delle responsabilità?*

modesto avviso criticata con fermezza, in quanto finanche paradossalmente capace di reintrodurre nel sistema bancario un obbligo diffuso e costante in capo ai non esecutivi di attivarsi non già solo in presenza di determinati fattori scatenanti (c.d. segnali d'allarme), bensì anche, e più diffusamente, in relazione ad ogni momento della vita sociale ritenuto degno di valutazione, con conseguente riconoscimento di un dovere «*incondizionato di controllare l'attività dei delegati*»⁽⁷¹⁾, a sua volta traduttivo, *mutatis mutandis*, di quell'illimitato dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione di cui alla disciplina ante-riforma.

Emerge quindi, da una tale constatazione, l'opportunità di optare, ai fini di un maggiore equilibrio della disciplina in commento (anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 2381, commi 3 e 5, cod. civ.), dell'uniformità del sistema e di una più equa distribuzione delle responsabilità tra i diversi consiglieri, per un'architettura certamente volta a richiedere un maggior impegno, nella fase di vigilanza, agli amministratori privi di deleghe, i quali però non possono certo assumere un ruolo di *polizia* interna, giustamente affidandosi ai segnali manifestati e all'informativa resa (se necessario, finanche dietro richiesta) al c.d.a. tutto dalla componente delegata sottoposta all'azione della loro vigilanza⁽⁷²⁾.

7.4. Il comitato rischi.

Come anticipato, il potenziamento (superamento?) dell'attività *monitoring* del *board* viene perseguito dalla Circolare 285 attraverso un netto irrobustimento dei compiti di supervisione attribuiti ai consiglieri deleganti, indipendenti e non, i quali divengono destinatari di un obbligo di vigilanza rafforzato sulla componente delegata, da compiersi o in via autonoma⁽⁷³⁾ o per il tramite del c.d. comitato rischi⁽⁷⁴⁾, la cui costituzione risulta obbligatoria - in ossequio al principio di proporzionalità adottato da Banca d'Italia - esclusivamente nel caso di banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, ferma restando, in ogni caso, la necessaria ricorrenza del solo comitato rischi, già comitato per il controllo interno, in presenza di realtà intermedie⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ Sul punto v. le considerazioni di ABBADESSA P., (nt. 26), p. 505 e ss.

⁽⁷²⁾ Cruciale, in materia, il ruolo del Presidente del consiglio di amministrazione, anch'esso non esecutivo, come si dirà nel prosieguo.

⁽⁷³⁾ Ma vedi le considerazioni di cui al paragrafo che precede.

⁽⁷⁴⁾ Pochi dubbi parrebbero infatti lasciare le disposizioni regolamentari.

⁽⁷⁵⁾ Quanto al profilo statutario, un esame di quattro istituti bancari italiani (Unicredit s.p.a, Mediobanca s.p.a., UBI Banca e Intesa Sanpaolo s.p.a.) caratterizzati dall'adozione di distinti modelli di amministrazione e controllo, permette di rilevare quanto segue: a fronte

In particolare, le Disposizioni in commento dedicano una attenzione notevole proprio a tale ultima «*diramazione interna*» all'organo con funzione di supervisione strategica⁽⁷⁶⁾, stabilendone tanto le caratteristiche strutturali quanto quelle specifiche mansioni che, analiticamente definite, dovrebbero pur sempre appartenere ad un alveo istruttorio-consulenziale e propositivo, non potendo comportare, in nessun caso, alcuna «*limitazione dei poteri decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno sono costituiti*»⁽⁷⁷⁾.

dell'adozione del sistema tradizionale, è dato riscontrare un particolare interesse per l'adozione di una puntuale regolamentazione, volta a definire gli estremi della funzione di controllo. Nello specifico, Unicredit s.p.a. dedica, per il tramite del proprio Regolamento degli Organi Aziendali (reperibile al sito istituzionale) specifica attenzione alle dinamiche afferenti al sistema di controllo interno (v. <https://www.unicreditgroup.eu/it/governance/control-systems.html>) nei cui perimetri identifica con precisione gli estremi del Comitato per i controlli interni e rischi, composto da amministratori non esecutivi (la maggioranza indipendenti) e incaricato di assistere «*il Consiglio nella definizione delle linee di indirizzo del sistema di controllo interno e nella verifica almeno annuale della sua adeguatezza, assicurando che i principali rischi aziendali siano correttamente identificati, misurati, gestiti e monitorati*», con la possibilità – per il tramite del suo presidente – «*di accedere a tutte le informazioni e alle funzioni aziendali necessarie per lo svolgimento dei propri compiti avvalendosi delle strutture della società, del gruppo e anche di consulenti esterni*». Altrettanta attenzione è quella dedicata da Mediobanca, che prevede un comitato rischi composto da quattro consiglieri indipendenti e dotato di un numero particolarmente ampio di funzioni consultive ed istruttorie sul sistema dei controlli interni (www.mediobanca.com/it/comitato-tecnici/comitato.html). Situazione parzialmente distinta è quella presente nel modello dualistico (UBI Banca), laddove all'interno del consiglio di sorveglianza sono presenti due distinti comitati, uno in tema di controllo interno e l'altro in tema di rischi (www.ubibanca.it/pagine/Consiglio-di-Sorveglianza-IT.aspx), nonché quella riscontrabile nel modello monistico (Intesa Sanpaolo) che invece vede il comitato endo-consigliare in questione (composto da tre a cinque consiglieri non esecutivi, in maggioranza indipendenti) incaricato – senza per ora ulteriore specificazione – dei compiti ad esso attribuiti dalla normativa vigente e dal Consiglio di Amministrazione.

⁽⁷⁶⁾ Infatti, come sottolineato da LENER R., *Comitati interni e consiglieri «non sorveglianti»*, in CERA M., PRESTI G. (a cura di), *Banche e sistema dualistico, forme, funzioni, finzioni*, in AGE, *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, 2, p. 369 e ss., «*non esiste, né può esistere una definizione di comitato interno. Si può solo dire, in modo davvero generico, che si tratta di un'articolazione necessariamente pluripersonale di un organo societario (diverso dall'assemblea) a sua volta pluripersonale. Si sarebbe portati a dire, nel tentativo di riempire di un minimo di contenuto la nozione, che deve trattarsi di articolazioni dell'organo amministrativo (sebbene) neppure questo è vero, e lo dimostra proprio l'esperienza delle società quotate amministrate con sistema dualistico*». In materia, e per un inquadramento generale, v. per tutti STELLA RICHTER M. JR., *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 260 e ss.

⁽⁷⁷⁾ Formula, questa, importata senza modifiche dalla Circolare del 2008. Circa la posizione della Vigilanza sul tema in esame, v. per tutti l'opinione di COSTI R., VELLA F., (nt. 35), p. 36, secondo cui «*l'indicazione circa l'articolazione degli organi con funzioni di supervisione strategica in comitati, non solo può contribuire nel supportare il consiglio per particolari e delicate materie, ma diviene anche un presupposto per un maggior coinvolgimento e specializzazione degli amministratori, e quindi un obiettivo aumento del loro impegno nella attività di governo della società; in altri termini, i comitati ristretti possono rappresentare un utile antidoto nei confronti delle diffuse forme di partecipazione meramente formale e non attiva agli organi collegiali, soprattutto quando la loro composizione è particolarmente ampia*».

Con riferimento al primo profilo di natura strutturale, è innanzitutto d'interesse evidenziare come la normativa regolamentare richieda al comitato in parola di venire composto da 3-5 membri, tutti non esecutivi e in maggioranza indipendenti. Nondimeno, l'Autorità di Vigilanza stabilisce, con una formula non certo esente da talune perplessità⁽⁷⁸⁾, che il presidente del comitato venga individuato tra la componente indipendente, e detta alcune precisazioni per i sistemi di amministrazione e controllo alternativi, in parte già oggetto di forti critiche in occasione del primo intervento regolatore del 2008⁽⁷⁹⁾.

Quanto, invece, ai compiti assegnati all' *ufficio* in questione⁽⁸⁰⁾ si è già anticipato dell'impostazione adottata dalla Vigilanza, volta a riconoscere a questi un compito esclusivamente di supporto all'operato degli amministratori, esecutivi e non, nonché, e più in generale, un ruolo strumentale al corretto funzionamento del *plenum*.

Proprio in relazione a tale ultimo profilo, riterrei opportuno evidenziare il sorgere di alcuni problemi di non second'ordine in punto responsabilità, in particolare imputabili ad una scollatura dalla realtà operativa di talune istituzioni bancarie – *in primis* quelle di maggiori dimensioni o complessità – laddove è chiara, pur a fronte degli «*auspici*» della regolamentazione, la centralità del comitato in commento, il quale, sebbene formalmente assegnatario di un compito meramente consultivo e finanche ancillare al consiglio e ai singoli amministratori, finisce invece con il rivestire un ruolo chiave, e di fatto attivo, nelle dinamiche di controllo interno societario.

In altri termini, la soluzione prospettata dalla Circolare 285, intesa a rendere il comitato in parola quasi «*immune*» dalle ricadute delle proprie azioni, risulterebbe essere, sul punto, a tratti «*disattenta*» agli estremi caratterizzanti un

(78) V. sul punto, la critica avanzata da CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 25, il quale, ricordando che il Codice di Autodisciplina limita un tale requisito al solo Presidente del comitato controllo e rischi, evidenzia come la scelta della Circolare 285 del 2013 possa depotenziare il ruolo del Presidente del consiglio di amministrazione nella funzione di collegamento tra consiglio e *management* e di garante della dialettica interna, del bilanciamento dei poteri e dell'adeguatezza dei flussi informativi che al medesimo viene assegnata, sacrificandolo al mito, «*invero declinante*», dell'amministratore indipendente.

(79) Nello specifico stabilendo, da un lato, che (i) il «*comitato per il controllo interno*» – richiesto nel caso di adozione del modello di amministrazione e controllo duale, connotato dalla presenza di un consiglio di sorveglianza particolarmente numeroso o dalla compresenza, in capo allo stesso, della funzione di supervisione strategica insieme a quella di controllo – venga composto da soggetti professionali ed indipendenti; e affermando, dall'altro, che (ii) il numero dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione, di cui al modello monistico, non sia inferiore a tre. Sul punto v. COSTI R., VELLA F., (nt. 35), p. 8 e ss. Sul punto v. Circolare 285, Parte Prima.IV.1.20.

(80) Dicitura, questa, sempre utilizzata da LENER R., (nt. 76), p. 369.

sistema in cui, in virtù della posizione ricoperta e dei penetranti compiti loro attribuiti⁽⁸¹⁾, gli *uffici* endo-consiliari in questione finiscono, a ben vedere, con lo svolgere una funzione nevralgica ben maggiore di quella di semplici ausiliari del *plenum*, nei cui confronti parrebbero piuttosto porsi, soprattutto per quanto

⁽⁸¹⁾ Come è noto, particolarmente penetranti, diffusi e capillari sono i compiti attribuiti al Comitato Rischi, cui è richiesto di svolgere concrete attività di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica in materia di rischi e sistema di controlli interni al fine di addivenire ad una corretta ed efficace determinazione del RAF ("*risk appetite framework*") e delle politiche di governo dei rischi. In particolare, e come è risaputo, a tale comitato, che può interloquire direttamente con le funzioni di revisione interna, controllo dei rischi e conformità alle norme, è richiesto di: (i) individuare e proporre, avvalendosi del contributo del comitato nomine, i responsabili delle funzioni aziendali di controllo da nominare; (ii) esaminare preventivamente i programmi di attività (compreso il piano di *audit*) e le relazioni annuali delle funzioni aziendali di controllo indirizzate all'organo; (iii) esprimere valutazioni e formulare pareri all'organo sul rispetto dei principi cui devono essere uniformati il sistema dei controlli interni e l'organizzazione aziendale e dei requisiti che devono essere rispettati dalle funzioni aziendali di controllo, portando all'attenzione dell'organo gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere; (iv) contribuire, per mezzo di valutazioni e pareri, alla definizione della politica aziendale di esternalizzazione di funzioni aziendali di controllo; (v) verificare che le funzioni aziendali di controllo si conformino correttamente alle indicazioni e alle linee dell'organo e coadiuvare quest'ultimo nella redazione del documento di coordinamento previsto dal Tit. IV, Cap. 3 della Circolare; (vi) valutare il corretto utilizzo dei principi contabili per la redazione dei bilanci d'esercizio e consolidato. Inoltre, e ferme restando le competenze del comitato remunerazioni, al Comitato Rischi è richiesto di accertare che gli incentivi sottesi al sistema di remunerazione e incentivazione della banca siano coerenti con il RAF. In tal senso, il comitato e l'organo con funzione di controllo scambiano tutte le informazioni di reciproco interesse e, ove opportuno, si coordinano per lo svolgimento dei rispettivi compiti. Nondimeno, si tenga presente che almeno un componente dell'organo con funzione di controllo deve partecipare ai lavori del comitato. Cfr. Circolare 285, Parte Prima.IV.1.20. Come evidenzia CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 25, la mancata attribuzione al comitato in parola di poteri decisionali rappresenta «una scelta organizzativa che mira a mantenere separata la funzione di supervisione strategica e di controllo dalla funzione gestionale di risk management, e ad investire l'intero organo collegiale della responsabilità strategica e di controllo concernente il governo dei rischi. Se consideriamo, però, la natura e l'ampiezza dei compiti assegnati ai comitati, e in modo particolare al comitato rischi nella sua funzione di supporto all'organo di supervisione strategica in materia di rischi e di sistema dei controlli interni, non si possono non avanzare dubbi sul fatto che, pur in assenza di poteri decisionali, l'attività del comitato sia priva di conseguenze sul piano della responsabilità dei componenti dell'organo collegiale. Non bisogna trascurare il fatto che i comitati, pur non avendo competenze decisionali, sono investiti di compiti che li portano ad acquisire, anche attraverso il diretto contatto con le diverse funzioni aziendali, dati ed informazioni che soltanto in forma sintetica e con contenuti più limitati, vengono estesi all'intero organo collegiale. Ne consegue una inevitabile asimmetria informativa tra i membri del comitato e gli altri amministratori che si traduce in un sostanziale affidamento del consiglio sul corretto svolgimento dell'attività istruttoria e di controllo svolta dal comitato. Se si aggiunge che, nelle banche che non siano di minori dimensioni, l'istituzione dei comitati (o, quanto meno del comitato rischi) è prevista come necessaria dalla normativa regolamentare che ne definisce anche i compiti, non appare coerente con il principio di corretta attribuzione della responsabilità in base alla colpa ritenere che l'assegnazione obbligatoria di funzioni istruttorie, consultive e di controllo, quali sono quelle previste dalle Disposizioni di vigilanza, sia irrilevante ai fini di una graduazione delle responsabilità dei componenti dell'organo consiliare, in presenza di una norma civilistica che estende la disciplina della delega anche al caso di funzioni, di contenuto non decisionale, "in concreto attribuite ad uno o più amministratori" (art. 2392)».

concerne il tema in esame, in posizione finanche «*para-delegata*»⁽⁸²⁾, vedendosi in concreto attribuite funzioni essenziali al fine della gestione/controllo dell'istituto, oltreché in astratto capaci di comportare una rivalutazione del regime tipico delle responsabilità di cui all'art. 2392 cod. civ.

Nondimeno, a mio avviso, la ricostruzione offerta dalla Circolare 285 del 2013 comporterebbe il concreto rischio di addivenire ad un sistema caratterizzato da una potenziale asimmetria informativa e di trattamento a scapito dei rimanenti componenti non esecutivi del consiglio i quali, se esclusi dal comitato rischi, non potrebbero che affidarsi alle risultanze da questo offerte, pur sottostando - ai sensi della legge - al medesimo regime di responsabilità dei suoi componenti, ferme restando le considerazioni poc'anzi svolte in merito ai poteri di monitoraggio loro *uti singuli* riconosciuti.

E' a fronte di tali premesse che riterrei pertanto corretto condividere, con convinzione, l'opinione di quella dottrina che ha sottolineato l'opportunità di rivalutare, in via più analitica, i profili operativi e le competenze assegnate a tali diramazioni interne al c.d.a., in un'ottica maggiormente attenta al concreto atteggiarsi delle dinamiche endo-consiliari, ad una più corretta redistribuzione delle responsabilità in capo ai comitati (quantomeno quello rischi), nonché alla *ratio* caratterizzante il disposto di cui all'art. 2392 cod. civ.⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ Restando esclusa, a mio parere, la c.d. delega di fatto, stante in ogni caso la natura non delegabile della materia in commento. Sulla rilevanza delle attribuzioni di poteri per l'appunto attribuite in concreto, e cioè di fatto, a uno o più amministratori v. per tutti BONELLI F., (nt. 21), p. 112, che richiama BARACHINI F., (nt. 26), p. 81 che evidenzia come «*l'esonero della regola della solidarietà (ndr. di cui all'art. 2392 c.c.) si verifica adesso (ndr. dopo la riforma del 2003) in tutti i casi in cui gli amministratori abbiano provveduto ad adottare una suddivisione di compiti al proprio interno: vale a dire anche nelle ipotesi in cui tale ripartizione sia intervenuta senza il rispetto delle prescrizioni formali all'uopo previste*». Sempre in tema, fin quasi automatico il riferimento a MONTALENTI P., *Gli obblighi di vigilanza*, (nt. 1), p. 846 e s., secondo cui la norma di cui al 2392 c.c. sta a significare che la responsabilità si circoscrive a singoli amministratori anche qualora l'attribuzione sia avvenuta *de facto* senza un'espressa deliberazione e qualora le funzioni siano effettivamente esercitate.

⁽⁸³⁾ Sottolinea il problema in ultimo, CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 26 e ss. Favorevoli all'applicazione del regime della delega di cui all'art. 2392 cod. civ. sono, tra i tanti, BONELLI F., (nt. 21), p. 112 e s. e STELLA RICHTER M. jr., (nt. 1). Nello specifico, BONELLI F., sostiene che «*l'attenuazione della responsabilità dei deleganti (in tal caso, non facenti parti del comitato) sussiste anche nel caso di delega non già di vere e proprie funzioni gestorie ma di funzioni istruttorie e consultive*» (quali, ad esempio, quelle ora in esame) da ciò conseguendosi che gli altri deleganti non sarebbero imputabili - salvo il dovere di vigilanza - per le violazioni di tale apposito comitato. Soluzione questa - prosegue l'A. - «*pienamente conforme al dettato dell'art. 2392 comma 1, cod. civ., il quale precisa che la responsabilità debba tener conto della natura dell'incarico e delle funzioni in concreto attribuite*». Quanto a STELLA RICHTER M. jr., *Il controllo*, (nt. 1), questi sottolinea come «*l'ordinaria attribuzione di funzioni istruttorie ad un comitato sia più che bastevole per integrare in capo ai componenti dello stesso il presupposto di cui al secondo periodo dell'art. 2392, comma 1, cod. civ.*» non dovendosi ritenere che «*le ulteriori funzioni idonee ad alterare il grado di responsabilità tra i diversi componenti dell'organo amministrativo debbano essere per forza funzioni*

7.5. Il presidente del consiglio di amministrazione.

L'ultimo «*tassello*» con cui la Circolare 285 del 2013 affronta il tema degli amministratori deleganti è quello relativo alla disciplina del presidente del consiglio di amministrazione. In particolare, la regolamentazione in vigore aggiorna il quadro di riferimento dettato dalle Disposizioni del 2008⁽⁸⁵⁾ e valorizza, in modo analitico, l'ufficio presidenziale, innanzitutto stabilendone il carattere essenzialmente non esecutivo⁽⁸⁶⁾.

*prettamente esecutive, essendo a tal fine sufficiente un qualsiasi incarico purché idoneo a proceduralizzare l'adozione della decisione finale. Ne discende che le funzioni, e dunque i poteri, dei comitati di cui ci occupiamo sono idonei ad arricchire la natura dell'incarico degli amministratori che ne fanno parte e ad alterare, entro i limiti di quelle attribuzioni, le loro responsabilità (e, di riflesso e per converso, quelle degli altri consiglieri). Inoltre, sul piano dell'elemento soggettivo, i requisiti (di indipendenza anzitutto, ma poi anche di professionalità) che necessariamente devono possedere i componenti del comitato di controllo interno e del comitato per le operazioni con parti correlate (se distinto dal primo) e la natura del loro (ulteriore) incarico sono sicuramente tali da connotare, ai sensi del primo periodo dell'art. 2392 cod. civ., di un particolare grado di diligenza la modalità con la quale essi devono adempiere la loro funzione». Sempre in tema, si veda, poi, la posizione, estremamente chiara e diffusamente presentata da MONTALENTI P., secondo cui a fronte dell'espressione utilizzata dall'art. 2392 cod. civ., la liberazione dalla responsabilità solidale opera non solo nel caso di deleghe gestionali in senso proprio (cioè di *cariche*) ma anche nel caso di attribuzioni di competenze o di incarichi di altra natura quali ad esempio le funzioni di vigilanza e controllo interno. Da ciò dovendosi affermare la ricorrenza di una specifica responsabilità dei comitati per gli atti da loro posti in essere.*

⁽⁸⁴⁾ Come sottolineato da CALANDRA BUONAURO V., *Il ruolo*, (nt. 34), p. 26, sub nota 8, l'adesione alla tesi che afferma l'applicazione analogica dell'art. 2392 cod. civ. anche ai componenti dei comitati comporta un coinvolgimento del consiglio nella responsabilità per decisioni istruite dal comitato solo in presenza di un'informazione inadeguata sui fatti pregiudizievoli di cui il comitato era consapevole, o in termini di c.d. *culpa in vigilando* nel caso in cui le risultanze dell'attività del comitato appaiano palesemente inadeguate rispetto ai compiti allo stesso assegnati o emergano chiari segnali d'allarme - o *red flags* - che, pur non rilevati dal comitato, facciano presumere la ricorrenza di illeciti.

⁽⁸⁵⁾ In merito alle quali si rimanda a COSTI R., VELLA F., (nt. 35), p. 28, che già sottolineano il ruolo di «*equilibrio*» del Presidente, per altro evidenziandone la conformità ai dettami comunitari in materia bancaria.

⁽⁸⁶⁾ Come specifica la Circolare 285 (Parte Prima.IV.1.25) «*Per svolgere efficacemente la propria funzione, il presidente deve avere un ruolo non esecutivo e non svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali*». Più in generale, in materia, d'obbligo è il richiamo iniziale a SANFILIPPO P.M., *Il presidente del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006, p. 439 e ss.; nonché alle considerazioni di BONELLI F., (nt. 21), p. 59 e ss.; ID., *Presidente del consiglio di amministrazione di s.p.a.: poteri e responsabilità*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 215 e ss.; GUIZZI G., *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 1043 e ss. (spec. p. 1059) e LIBONATI B., *Il governo del consiglio di amministrazione di società per azioni*, in *Diritto, mercato ed etica. Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 371 e ss.

Tale previsione, che risulta applicabile al solo caso in cui convergano, sul medesimo organo, tanto la funzione di gestione quanto quella di supervisione strategica⁽⁸⁷⁾, parrebbe comprensibilmente indirizzata a evitare un' «*inopportuna contaminazione in senso gestionale del ruolo del presidente*»⁽⁸⁸⁾, pur richiedendo – a mio avviso – un'attenta riflessione, in quanto capace di comportare una subordinazione della figura presidenziale alla componente delegata, con conseguente inidoneità ad apportare quel più corretto bilanciamento nella *governance* bancaria, posto alla base dell'azione della Vigilanza⁽⁸⁹⁾.

In altri termini, i profili critici della regolamentazione predisposta sul punto dalla Vigilanza riguarderebbero, da un lato, l'effettiva capacità di un presidente avulso da ogni dinamica manageriale di far fronte, in modo appropriato, alla componente esecutiva⁽⁹⁰⁾, in modo tale da attutire quella che autorevole dottrina ha nel tempo efficacemente definito la «*moda dell'Imperial C.e.o.*»⁽⁹¹⁾; questi si rinvigoriscono, dall'altro, laddove relazionati alla possibilità, espressamente riconosciuta agli organi esecutivi, di imporre al presidente, sebbene solo in casi di urgenza, l'adozione di un atto gestorio che esulerebbe dai perimetri imposti dalle deleghe loro conferite⁽⁹²⁾.

(87) Di talché, come già sottolineato dai commentatori qui richiamati, rimarrebbe escluso dal ragionamento il presidente del consiglio di sorveglianza che mantiene la supervisione strategica, non potendo mai tale organo avere la competenza per la funzione gestionale. In materia v. anche BARBAGALLO C., *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, 26 marzo 2014, reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

(88) Sul punto cfr. la Relazione sull'analisi d'impatto delle *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, reperibile sul sito istituzionale, 2014, par. 3.5.

(89) Fra le tante posizioni critiche nei confronti di una tale disciplina spicca cristallina quella di CERA M., *Il buon governo*, (nt. 34), p. 950, L'Autore, in particolare, sottolinea infatti come «*al di là di ogni considerazione prettamente giuridica circa la obbiettiva deminutio (..) in capo al presidente, una sorta di primus infra pares o ultimus inter pares, come si preferisce, [la disposizione appare] poco logica in termini di partecipazione piena ad un collegio (e altresì di una correlata responsabilità), di più col rischio di situazioni ambigue ed opache. Un presidente (..) privo di quella stessa legittimazione riconosciuta agli altri membri degli organi gestori ne soffrirebbe in punto di autorità e quindi di ruolo. Non solo, ma la tipologia reale della nostra società è, ancora una volta, variegata ed è constatazione di comune esperienza che in tante situazioni il presidente ha costituito un equilibrato contrappeso al ruolo, sovente esuberante, dell'amministratore delegato e/o del direttore generale. Un presidente autorevole e presente nella vita gestionale della banca parrebbe, altresì, coerente al fondamentale e prudente principio dei «quattro occhi». La patologia rappresentata dal caso singolo, del presidente dominus (nella esperienza quasi sempre proveniente dai ranghi manageriali) non può essere la base per una normazione generale*».

(90) Pur dovendosi per forza escludere l'idea di un Presidente privo di competenze nel settore bancario e ciò tanto ai sensi del requisito di professionalità di cui all'art. 26 t.u.b., quanto in virtù della sua estrazione *delegante*.

(91) Sul punto v. MARCHETTI P., (nt. 34).

(92) Disposizione, questa, che come è noto si applica anche al Presidente del consiglio di gestione quando il consiglio di sorveglianza non riveste il ruolo di organo con funzione di supervisione strategica. Come sottolinea ARDIZZONE L., *Il ruolo del presidente nelle società bancarie*,

Ipotesi, questa, capace di disegnare un meccanismo finanche antitetico a quello sul punto previsto nella disciplina del 2008⁽⁹³⁾, oltreché in grado di comportare conseguenze problematiche di primo spessore, riguardanti non tanto l'identificazione dei soggetti che, all'unanimità, possono imporre al presidente un tale agire⁽⁹⁴⁾, quanto piuttosto la delimitazione degli spazi di autonomia e di giudizio critico (capace di condurre ad un veto o a un'attuazione parziale o diversa dell'atto in questione) a quest'ultimo riconosciuti.

Inoltre, a suscitare più di una perplessità sarebbe anche l'iter previsto a chiusura di una tale «*procedura d'emergenza*», inteso a richiedere al presidente di riferire quanto fatto alla prima riunione utile del consiglio⁽⁹⁵⁾, non già in virtù di un «*semplice*» e doveroso scambio informativo sull'operato, quanto piuttosto – questa la ricostruzione corretta – per addivenire ad una vera e propria ratifica, da parte del *plenum*, dell'operazione svolta secondo il disegno sopra descritto⁽⁹⁶⁾.

In estrema sintesi, ciò che parrebbe emergere da una lettura critica della normativa in questione è, quindi, una sorta di eterogenesi dei fini: la regolamentazione nasce per rafforzare il presidente del c.d.a bancario ma progressivamente finisce per sminuirne il ruolo, peraltro aumentandone le responsabilità⁽⁹⁷⁾.

in *Riv. soc.*, 2014, p. 1332, sub nt. 95 «è eccezione a tale presupposto l'estensione della predetta linea applicativa anche al Presidente del consiglio di gestione, pur senza supervisione strategica – che rimane in tal caso al consiglio di sorveglianza – qualora in detto organo vi sia una prevalenza di componenti non esecutivi».

⁽⁹³⁾ Che di contro prevedeva che il Presidente, per svolgere efficacemente la propria funzione, non dovesse avere un ruolo esecutivo e non dovesse svolgere, neppure di fatto, funzioni gestionali, salva la facoltà di rivestire, in casi eccezionali, compiti di supplenza dei componenti esecutivi. In tal caso, come riporta ARDIZZONE L., *Il governo societario delle banche: il ruolo non esecutivo del presidente dell'organo con funzione gestoria*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 565 e ss. (spec. p. 567), era per altro stato chiarito come non implicasse di per sé un coinvolgimento in compiti di gestione la partecipazione del Presidente del consiglio di amministrazione all'eventuale comitato esecutivo, neppure assumendone la presidenza, purché il suo voto non fosse risultato decisivo nel caso di parità.

⁽⁹⁴⁾ Dovendosi questi individuare – in base alle definizioni offerte dalle Disposizioni – nei consiglieri muniti di deleghe o nei componenti del comitato esecutivo. Sul punto, e in merito a questa questione, v. poi diffusamente l'attenta analisi di DE PRA A., (nt. 34), p. 584 e s.

⁽⁹⁵⁾ V. Circolare 285, Parte Prima.IV.1.25, sub nota (3).

⁽⁹⁶⁾ Così ARDIZZONE L., (nt. 92), con cui si concorda.

⁽⁹⁷⁾ Si pensi, ad esempio, che nel caso di assenza di uno solo dei requisiti di cui sopra il Presidente verrebbe a compiere un atto illegittimo, con conseguenti ricadute sulla validità dello stesso, oltreché sul piano delle proprie responsabilità. Circa la questione riguardante l'opponibilità e la validità degli atti del Presidente aventi natura gestoria si condivide la tesi formulata in dottrina – v. CAMPOBASSO M., *Il potere di rappresentanza degli amministratori, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 467 e ss. – secondo cui, a fronte delle difficoltà interpretative e delle note lacune, «là dove non è

Sempre in tema di rapporti tra la carica in questione e la funzione gestoria vi è, inoltre, da dar atto della previsione con cui la Circolare 285 del 2013 riconosce la possibilità che il presidente partecipi alle riunioni del comitato esecutivo, ovviamente senza diritto di voto (v. Circolare 285, p. 240, lett. e).

Anche in tal caso, è necessario richiamare le osservazioni critiche già esposte in sede dottrinale e sottolineare come la scelta linguistica della Vigilanza lasci senza alcun dubbio trapelare qualche margine di incertezza, conseguentemente richiedendo alcune precisazioni ulteriori, riguardanti *in primis* la *ratio* della previsione e, *in secundis*, un approfondimento del ruolo nevralgico svolto dal presidente all'interno delle dinamiche informative societarie⁽⁹⁸⁾.

Quanto al primo profilo, riterrei corretto leggere la terminologia utilizzata dalla regolamentazione (secondo cui il presidente «*può partecipare, senza diritto di voto, alle riunioni del comitato esecutivo*») non già come un'imprecisa traduzione di un generico dovere passivo di informazione, bensì piuttosto alla stregua di un'attenta puntualizzazione della figura presidenziale, in un'architettura intesa ad offrire un'efficiente modalità di abbattimento di eventuali asimmetrie informative tra componente esecutiva e delegante⁽⁹⁹⁾.

diversamente disposto si dovrà di regola ritenere che la violazione del vincolo di legge al compimento dell'atto è opponibile al terzo e rende il negozio inefficace». Sul punto v. anche ARDIZZONE L., (nt. 92), p. 1340, sub nt. 121; SPOLIDORO M. S., Questioni in tema di rappresentanza degli amministratori, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 505; nonché CALANDRA BUONAURA V., Il potere di rappresentanza degli amministratori di società per azioni, in ABBADESSA P., PORTALE G.B. (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, p. 673)».

⁽⁹⁸⁾ Forte è l'attenzione della Banca d'Italia al tema dei flussi informativi, richiedendo questa di prevedere appositi regolamenti idonei a disciplinare forme e contenuti della documentazione da trasmettere ai singoli componenti degli organi, necessaria ai fini dell'adozione delle delibere sulle materie all'ordine del giorno. Nondimeno, i regolamenti in questione devono determinare il contenuto minimo dei flussi informativi, includendo, tra l'altro, il livello e l'andamento dell'esposizione della banca a tutte le tipologie di rischio rilevanti (creditizi, di mercato, operativi, reputazionali, ecc.), gli eventuali scostamenti rispetto alle politiche approvate dall'organo con funzione di supervisione strategica, nonché le tipologie di operazioni innovative e i rispettivi rischi. Cfr. Circ. 285, Parte Prima.IV.1.23.

⁽⁹⁹⁾ In particolare, solo inquadrando in tal modo il contenuto del diritto di partecipazione riconosciuto alla figura presidenziale, sarebbe infatti possibile dare di significato ad una presenza che, altrimenti meramente passiva oltretutto *ex lege* privata del diritto di voto, risulterebbe finanche «*superflua*» e, quindi, inefficace ai fini di dell'auspicata dialettica endo-organica, di contro garantita da un fare attivo e propositivo del presidente. Verso una figura di Presidente mero osservatore sembra propendere BARBAGALLO C., (nt. 87), p. 14, che auspica che il Presidente partecipi al Comitato esecutivo in veste di osservatore e non come compartecipe delle decisioni. Secondo DE PRA A., (nt. 34), p. 606 e s., invece, se «*partecipare significa certamente esprimere la propria opinione e non fungere da mero osservatore*» (..) «*il comportamento esigibile dal presidente in presenza di deliberazioni del comitato esecutivo in cui l'interesse della banca è leso, comunque illegittime o affette da qualsiasi altro vizio, non potrà che essere quello di convocare immediatamente l'intero consiglio di amministrazione il quale, informato del contenuto della*

In altri termini, la partecipazione del presidente agli incontri del comitato esecutivo, lungi dal configurarsi come operazione di «*mera facciata*», potrebbe tradurre il più autorevole e penetrante «*avamposto*» del potere di informativa della componente delegante sull'operato degli esecutivi, da ciò peraltro derivando un chiaro innalzamento della soglia di diligenza richiesta a tale soggetto, che viene chiamato ad attivarsi, nei modi e nei tempi opportuni, ogni qual volta venga a conoscenza, nel mentre della riunione del comitato esecutivo, di fatti potenzialmente lesivi dell'interesse della società bancaria da questi presieduta, al fine di «*impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose*», secondo il dettato dell'art. 2392, comma 2, cod. civ.⁽¹⁰⁰⁾.

Con riferimento al secondo tema, basti in tal sede ricordare che la centralità del ruolo del presidente all'interno dei flussi in commento viene confermata non soltanto da quanto finora sinteticamente esposto, bensì anche nell'ambito di altre questioni tipicamente legate al funzionamento dell'organo amministrativo, nello specifico richiedendo la Circolare 285 del 2013 a tale soggetto di adoperarsi affinché tutti i componenti contribuiscano fattivamente al momento deliberativo in modo consapevole e ragionato.

Tale mansione, di cruciale importanza pratica, ha, come effetto, quello di far sorgere in capo al presidente un *set* di precisi poteri-doveri pre-consiliari che, rispettivamente intesi a garantire la predisposizione di un ordine del giorno capace di evidenziare le questioni di importanza strategica per la banca, nonché ad assicurare la presentazione ai consiglieri, primi fra tutti quelli non esecutivi, dell'adeguato materiale informativo a supporto delle deliberazioni approvande, finiscono con l'esaltarne il ruolo chiave all'interno dei flussi di notizie.

8. Note conclusive.

Riterrei possibile addivenire, in conclusione, alle seguenti osservazioni, di carattere strutturale e di «*sistema*».

deliberazione assunta dal comitato esecutivo, potrà eventualmente assumere la decisione di avocare a sé la competenza ex art. 2381, comma 3, cod. civ., anche nel caso in cui la decisione sul compimento dell'operazione sia già stata assunta o, al limite, già eseguita facendo salvi, in questo secondo caso, i diritti acquisiti dai terzi in buona fede». In merito al profilo terminologico v. anche STELLA RICHTER M. jr, Partecipare, intervenire e assistere alle adunanze degli organi collegiali delle società azionarie, in CAMPOBASSO M., CARIELLO V., DI CATALDO V., GUERRERA F., SCIARRONE ALIBRANDI A. (diretto da), Società, banche e crisi di impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa, Torino, 2014, p. 901 e ss., secondo cui «(..) in definitiva, l'intervento e la partecipazione consentono di svolgere un ruolo attivo all'interno del procedimento assembleare, mentre la mera assistenza si traduce nel presenziare "da spettatori" e non "da protagonisti" dell'accadimento».

⁽¹⁰⁰⁾ Così BONELLI F., (nt. 21), p. 71 e s. Per le posizioni contrarie al richiamo al dettato dell'art. 2392 cod. civ., in quanto ritenuto indirizzato a coloro che facciano parte del comitato a pieno titolo, v. DE PRA A., (nt. 34), p. 607, sub. nt. 243.

Un primo appunto riguarda, innanzitutto, il profilo relativo ai poteri ispettivi dei singoli amministratori deleganti. La questione, già affrontata nei termini che precedono, rivela la problematicità scaturente da un impianto regolamentare in astratto idoneo a legittimare un intervento di vigilanza diretto da parte degli amministratori non esecutivi sull'operato dei delegati, in tendenziale frizione con quanto previsto dalla disciplina dettata per le società di diritto comune.

Come già avuto modo di sottolineare, il tema è di vertice in quanto tocca direttamente il grado di diligenza da riconoscersi in capo ai deleganti - a questo punto onerati di nuovi compiti - e il correlato regime di responsabilità loro allocabile. E, se da un lato, l'impostazione adottata dall'Autorità di settore può risultare in linea con la finalità della Vigilanza, intesa ad attuare una più netta responsabilizzazione degli amministratori tutti, dall'altro non si può che evidenziare il consistente depotenziamento che una tale opzione operativa, se portata agli estremi, rischia di comportare a danno di un consiglio di amministrazione che rischierebbe di vedere progressivamente svanire il proprio ruolo di «filtro» nella dialettica informativa tra esecutivi e non.

A fronte di una tale considerazione e per i motivi sopra esposti, riterrei pertanto non ammissibile, nelle realtà bancarie, e tantomeno «esportabile», nelle società di diritto comune, la possibilità di riconoscere in capo ai singoli amministratori deleganti il potere di ispezione diretta sulla componente esecutiva (questo, infatti, dovrebbe essere il potere ipotizzato della Circolare 285 laddove parla di «acquisizione» delle informazioni), risultando altrimenti riscontrabile una troppo netta difformità con quanto disposto in tema dalla disciplina generale, di contro ispirata allo schematismo tipico dell'art. 2381 cod. civ.

Un secondo profilo riguarda, invece, il tema della delega di gestione e quello dei comitati endo-consiliari. In argomento, la regolamentazione offerta dalla Vigilanza, pur attuando, a monte, un'apprezzabile rivisitazione delle materie oggetto d'interesse del *plenum* (con conseguente responsabilizzazione di tutti i suoi componenti), parrebbe a tratti non capace di attenuare le tensioni endo-consiliari, che anzi verrebbero rinvigorite, a parere di chi scrive, innanzitutto dalla scelta di collocare i comitati in parola, primo fra tutti quello «rischi», tra la compagine delegante del consiglio d'amministrazione.

In particolare, un tale posizionamento, motivato dal carattere solo formalmente istruttorio-consulenziale dei citati *uffici* (soprattutto del comitato rischi) ed in parte criticabile in virtù della funzione da questi «in concreto» svolta nel processo decisionale e di controllo dell'ente, presenterebbe, quale «controindicazione» principale, una più imprecisa allocazione delle responsabilità

derivanti dall'ufficio gestorio, ponendo un indebito distinguo tra il regime di responsabilità riconosciuto in capo agli amministratori esecutivi e quello invece allocato sui membri, per l'appunto deleganti, ma di fatto operativi, dei comitati medesimi.

Nondimeno, e come anticipato nel *paper*, l'impostazione della Vigilanza parrebbe non tenere in debito conto la distinzione intercorrente tra non esecutivi facenti parte degli uffici in parola e non esecutivi da questi invece esclusi, conseguentemente attuando un livellamento delle responsabilità quantomeno anomalo a fronte di posizioni che, pur identiche «sulla carta», svolgono funzioni profondamente differenti. E' in tal senso, ed al fine di addivenire ad un sistema capace di graduare, con maggiore cognizione, il contenuto delle clausole generali di natura comportamentale esposte nel testo, che quindi non andrebbe forse esclusa, in via di mera ipotesi, la possibilità di ricondurre i comitati in parola nei perimetri della «sezione» delegata del c.d.a delle banche.

Ricostruzione, questa esposta, che in particolare per quanto attiene all'oggetto dell'odierno approfondimento, da un lato comporterebbe la necessità (*rectius*: opportunità?) di teorizzare, sulla falsariga di quanto fatto in tema di amministrazione, una linea di demarcazione fra attività di «alto controllo» - di spettanza del *plenum* - e di «controllo operativo» - di contro passibile di delega - e che, dall'altro, permetterebbe di assicurare una più attenta attività di supervisione da parte degli amministratori privi di deleghe, tra le cui mansioni (così estranee a qualsiasi forma di «ibridazione») ben potrebbe rientrare quella di coordinamento degli attori del controllo societario.

Quanto, infine, all'ultimo argomento «di sistema», a mio avviso deve essere rilevato come la rimodulazione del tema del controllo interno nelle società bancarie confermi lo spostamento sul versante *ex ante* del baricentro della materia, non più relegata nei perimetri di una vigilanza successiva e tendenzialmente sanzionatoria, quanto piuttosto attratta nella fase di predisposizione e attuazione delle politiche di gestione del rischio.

In tal senso, la disciplina speciale tradurrebbe, finanche meglio di quella generale, gli auspici fatti propri dalla dottrina più attenta, nello specifico riservando particolare attenzione alla funzione di controllo assegnata all'organo amministrativo e, al suo interno, all'attività di vigilanza ricoperta dalla componente delegante. Anche in tal caso, l'impostazione descritta parrebbe tuttavia risentire in profondità di alcuni paradigmi tipici del diritto societario comune, primo fra tutti quello relativo alla citata distinzione tra i concetti di controllo e di vigilanza.

Circostanza, questa, che impone pertanto di «*maneggiare*» con estrema attenzione la regolamentazione di settore, così come gli arresti giurisprudenziali a questa riferiti, in quanto essenzialmente indirizzati a rispondere ad esigenze di stampo distinto, nonché talvolta dimentichi di alcuni canoni di quella disciplina azionaria classica, che rimane pur sempre punto di riferimento per il diritto di tutte le società.