



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in Pluralismi Giuridici. Prospettive Antiche e Attuali
Dipartimento di Giurisprudenza
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/04

**L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie.
Specificità di settore e responsabilità gestoria**

IL DOTTORE
Valeria Bisignano

IL COORDINATORE
Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Chiara

IL TUTOR
Chiar.mo Prof. Vincenzo Meli

CICLO XXX°
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017/2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato in Pluralismi Giuridici. Prospettive Antiche e Attuali
Dipartimento di Giurisprudenza
Settore Scientifico Disciplinare: IUS/04

L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria

IL DOTTORE
Valeria Bisignano

IL COORDINATORE
Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Chiara

IL TUTOR
Chiar.mo Prof. Vincenzo Meli

CICLO XXX°
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017/2018

INDICE

CAPITOLO PRIMO

GLI ASSETTI INTERNI DELLE SOCIETÀ BANCARIE TRA DIRITTO COMUNE E DISCIPLINA DI SETTORE

Sezione 1

- 1.1. Evoluzione della regolamentazione di diritto speciale 1
- 1.2. (Segue) Cenni alla disciplina internazionale, europea ed interna sulla
corporate governance bancaria. Premesse..... 3
- 1.3. (Segue) *Corporate Governance* bancaria, dall'autoregolamentazione alla
normazione di dettaglio..... 8
- 1.4. (Segue) Contesto interno ed europeo 15

Sezione 2

- 2.1. Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili delle società..... 25
- 2.2. (Segue) L'adeguatezza degli assetti nel diritto societario come criterio
primario di condotta. Principi generali..... 37
- 2.3. (Segue) Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle società
bancarie. Specificità di sistema e etero-conformazione della norma a contenuto
aperto..... 47

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI NELLE BANCHE

- 1. Il controllo nelle imprese bancarie 71
- 2. Il Sistema di Controllo Interno 83
 - 2.1. (Segue) Organi e funzioni del Sistema di Controllo Interno 89
 - 2.2. (Segue) Gli attori del Sistema di Controllo Interno 92
 - 2.3. (Segue) Gli amministratori non esecutivi 95
 - 2.4. (Segue) Il Consiglio di Amministrazione e il rapporto con il Collegio
Sindacale 106

3. Funzione di controllo del Collegio Sindacale	109
3.1. (Segue) Le competenze del Collegio Sindacale.....	113
4. Limiti del Sistema di Controllo Interno. Chi controlla il controllore?	121

CAPITOLO TERZO

INADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI BANCA

1. La responsabilità da inadeguatezza organizzativa. Inquadramento dell'indagine	126
2. Assetti organizzativi, amministrativi e contabili mancanti e responsabilità degli amministratori	130
3. Assetti inadeguati e responsabilità degli amministratori	135
3.1. (Segue) Responsabilità degli amministratori non esecutivi.....	147
3.2. (Segue) Amministratori non esecutivi e comitati endo-consiliari	156
3.3. (Segue) Responsabilità da <i>deficit</i> organizzativo e <i>business judgment</i> <i>rule</i>	163
4. Prova dell'inadempimento e presunzioni.....	171
 INDICE BIBLIOGRAFICO	 177
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	219

CAPITOLO PRIMO

GLI ASSETTI INTERNI DELLE SOCIETÀ BANCARIE TRA DIRITTO COMUNE E DISCIPLINA DI SETTORE

Sezione 1

1.1. Evoluzione della regolamentazione di diritto speciale

Il tema dei presidi organizzativi, amministrativi e contabili interni agli enti societari e della loro adeguatezza costituisce una delle materie del diritto commerciale più feconda in termini di produzione normativa.

Tuttavia, fino ad alcuni anni addietro, ad eccezione dei pochi provvedimenti regolamentari dedicati espressamente alla materia (il previgente Titolo IV, Cap. 11, delle *Istruzioni di vigilanza per le banche*, denominato «Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale»¹ e le *Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche* del 4 marzo 2008²), il panorama normativo era costituito da un eterogeneo *corpus* di prescrizioni, quasi esclusivamente di rango secondario, dedicato sì al governo dell'impresa bancaria, ma incidente in senso lato sul tema degli assetti e dei controlli interni³.

¹ Si tratta della nota Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, sostituita dal Tit. V, Cap. 7, delle *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, nel testo novellato nel 2013.

² In cui viene per la prima volta prevista come obbligatoria la predisposizione di un “progetto di governo societario” e, in tema di controlli, l’obbligo per il Collegio Sindacale di “*vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni*” e “*sull’adeguatezza del sistema di gestione e controllo dei rischi*”.

³ In particolare, tra i provvedimenti di maggiore pertinenza si annoverano le *Disposizioni di vigilanza in materia di conformità* (compliance) del 10 luglio 2007 (abrogate nel 2013) ed il Provvedimento congiunto Banca d’Italia-Consob denominato *Regolamento in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del*

Tali interventi inoltre si caratterizzavano per una radicata disorganicità e frammentarietà⁴, in quanto difettosi di idoneo raccordo sistematico con il processo di più ampio respiro che negli ultimi decenni ha interessato il settore delle *best practices* aziendali, di cui sono dimostrazione (o, forse, effetto) la progressiva giuridicizzazione delle regole tecniche e dei principi delle scienze aziendalistiche relative al momento organizzativo e l'*amministrativizzazione* dell'*agere* imprenditoriale⁵.

La mancanza di una regolamentazione unitaria e coordinata degli assetti organizzativi delle società bancarie e delle differenti forme in cui essi si declinano ha condotto nei fatti all'adozione di provvedimenti settoriali, dai limiti assai angusti⁶, emanati più per fronteggiare istanze del momento che per pervenire ad una effettiva loro integrazione con il tessuto codicistico sottostante, dal quale pur sempre rinvengono la loro ragion d'essere. Di guisa che, divenendo assai complessa un'analisi capace di evidenziare la finalità generale che gli stessi concorrevano a perseguire⁷, la *ratio* sostanziale di tali

risparmio del 29 ottobre 2007.

⁴ PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale: un puzzle normativo per un'identità sfuggente*, in Id. (a cura di), *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002, definisce il sistema come una «selva oscura normativa»; cfr. anche MASERA, *La crisi finanziaria e i modelli di corporate governance delle banche: implicazioni e prospettive*, in *Bancaria*, 2009, 1, 3 ss.

⁵ AMOROSINO, *L'«amministrativizzazione» del diritto delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2011, 620 s.; RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, 88; MONTALENTI, *La società quotata*, in Cottino, (diretto da) *Trattato di Diritto Commerciale*, IV, Padova, 2004, 65; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 76 s.; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 733.

⁶ Cfr. PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale*, cit., 4; REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 663; BIANCHI, *Corporate governance con più coordinamento*, ne *Il Sole 24 Ore*, 8 novembre 2010, 5.

⁷ Cfr. ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Riv. soc.*, 2006, 892.

prodotti normativi finiva per essere trascurata con conseguenti ripercussioni sul grado di consapevolezza circa il loro effettivo merito applicativo⁸.

Così, dinnanzi all'alluvionale cornice legislativa⁹ venuta componendosi in relazione al tema degli assetti interni, al fine di enucleare un quadro ordinato e funzionale alla comprensione dell'oggetto specifico della fattispecie, si è reso necessario un articolato esercizio di ricostruzione del differente materiale elaborato nel tempo dal legislatore. Ciò anche allo scopo di riconoscere quella dignità giuridica - *sub specie* di incidenza trasversale - che le regole sull'organizzazione interna dell'impresa bancaria devono assumere nell'intenzione dello stesso legislatore, il quale mira a realizzare, per il loro tramite, un vero e proprio «sistema» funzionale alla tutela di interessi costituzionalmente garantiti.

L'opera ricostruttiva in parola, pertanto, muove da un'analisi complessiva delle fonti normative disciplinanti il governo societario delle banche¹⁰, al fine di individuare con precisione il collegamento sussistente tra i concorrenti momenti normativi.

1.2. (Segue) Cenni alla disciplina internazionale, europea ed interna sulla corporate governance bancaria. Premesse

“*Corporate governance*” è locuzione che, nella letteratura economico-giuridica, da «*puramente descrittiva*» è divenuta

⁸ Così MINTO, *Sistema dei controlli interni e salvaguardia delle specificità normative delle Banche di Credito Cooperativo*, tesi di dottorato (Università Ca' Foscari di Venezia, a.a. 2013/2014), 3 ss.

⁹ PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 53.

¹⁰ MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Soc.*, 2005, 294 ss.; PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale*, *cit.*, 3 s.

«*strettamente prescrittiva*», nel senso che detta regole precise per il governo e la conduzione operativa dei vari tipi sociali¹¹.

Il corretto inquadramento, anche definitorio, della “*corporate governance*” sfugge, in massima parte, persino agli aziendalisti. Il termine presenta un’intrinseca “*polisemia*” riconducibile ai differenti climi culturali di riferimento, nonché alle caratteristiche proprie ai differenti sistemi e mercati di appartenenza.

In realtà, il concetto presenta una doppiezza semantica; è, infatti, al contempo, «*contenitore*» di problemi connaturati all’organizzazione societaria e «*repertorio*» di soluzione degli stessi¹². Il verbo transitivo *governare* deriva dal latino *gubernare*, reggere il timone, guidare; *corporate* deriva, a sua volta, dal latino *corpus*, società, corpo, azienda. La locuzione, elaborata nel diritto anglosassone, indica dunque, in senso lato, il modo di conduzione dell’impresa.

La prima definizione terminologica della *corporate governance* si ritrova nel *Cadbury Report* del 1992, che la definisce come il «*complesso di regole attraverso le quali le società sono amministrate e controllate*»¹³. Essa è, pertanto, attività di indirizzo e guida dell’impresa, nel complesso e dinamico atteggiarsi delle relazioni tra le varie parti coinvolte. In un senso più ampio, ricomprende il più vasto campo «*delle regole dirette ad allocare con efficienza il*

¹¹ Così ROSSI, *Il mito della Corporate Governance*, in Atti del Convegno Courmayeur 28-29 settembre 2001, *Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?*, Milano, 2002, 13; v. anche ID., *Concorrenza, mercati finanziari e diritto societario*, in *RdS*, 1999, 1305 ss.; JAEGER-MARCHETTI, *Corporate governance*, in *Giur. Comm.*, 1997, I, 625 s.; MAUGERI, *Regole autodisciplinari e governo societario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 88, in part. nt. 2.

¹² FERRARESE, *Della corporate governance, ovvero dell'imperfezione del diritto societario*, in AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole, Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, I, 394.

¹³ Cfr. CADBURY COMMITTEE, *Report on the Committee on the financial aspect of corporate governance and gee&co*, Londra, dicembre 2002, § 2.5. Per la medesima definizione, v. anche COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE DELLE SOCIETÀ QUOTATE, *Rapporto sulla Corporate Governance delle società quotate*, 6 ottobre 1999.

controllo delle imprese, a garantire adeguata protezione agli interessi degli investitori e ad assicurare una conduzione corretta, trasparente ed efficace dell'impresa societaria»¹⁴.

In una più rigorosa accezione, invece, indica il complesso di regole e istituzioni, finalizzato ad allineare gli interessi degli imprenditori a quelli degli investitori, tramite un'allocazione del controllo efficiente ed indipendente dalla disponibilità finanziaria dei soggetti coinvolti.

Neppure l'analisi dei numerosi Codici di Autodisciplina adottati nei diversi contesti nazionali permette di enucleare un univoco significato della locuzione in parola.

Così, se alcuni Codici ne individuano l'essenza nell'insieme delle regole, attinenti al rapporto tra amministratori, organo di controllo e revisori, al fine di garantire una gestione che assicuri incrementi di valore nel lungo periodo, con il contestuale contemperamento degli interessi delle varie *constituencies*, altri fanno riferimento ai criteri di organizzazione dei processi decisionali.

La *Commonwealth Association of Corporate Governance*, nei *"Principles for Corporate Governance in the Commonwealth"*¹⁵, la qualifica quale *«powerful micro-policy instrument and an effective lever for change at the business enterprise and sectoral level»*.

Ed, ancora, i *"Principles of Corporate Governance"* dell'OECD precisano come *«the corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined. Good corporate governance should*

¹⁴ MONTALENTI, *La società quotata*, op. cit., 4 s..

¹⁵ Il testo, in lingua originale, è consultabile su www.ecseonline.com.

provide proper incentives for the board and management to pursue objectives that are in the interests of the company and shareholders and should facilitate effective monitoring, thereby encouraging firms to use resources more efficiently»¹⁶.

Di chiara evidenza appare, pertanto, l'ampia latitudine delle definizioni della *Corporate Governance* e delle concezioni sulla specifica funzione che questa assolve: ogni singolo Codice assume una posizione peculiare, influenzato anche dal modello di capitalismo di riferimento.

Tradizionalmente, infatti, possono essere individuati due modelli contrapposti, "l'anglo-americano" ed il "renano-nipponico". Il primo presenta un elevato frazionamento della proprietà in grandi imprese, un'effettiva contendibilità del controllo ed una rinuncia preventiva all'intervento statale. Il secondo, invece, presenta elevata concentrazione proprietaria, finanziamenti derivanti dal ricorso al capitale di debito, intervento statale attivo nella realtà e gestione dell'impresa.

Il primo modello ha, come limite intrinseco, il classico problema della separazione tra proprietà e controllo, con amministratori espressione degli azionisti non controllori della società, in ragione dell'elevata frammentazione proprietaria. Il secondo, d'altro canto, presenta l'opposto limite, ovvero quello del potenziale conflitto di interessi tra azionisti di controllo e di minoranza¹⁷.

Tra l'altro, mentre nel modello anglo-americano si ha un'efficiente funzione disciplinare del mercato, nel renano-nipponico, in ragione della consistente concentrazione proprietaria, l'autonomia

¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (2015-b), *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, reperibile su www.oecd.org.

¹⁷ Sul punto, ampiamente, CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La Corporate Governance delle società quotate*, Milano, 2007, 9 ss.

del *management* è grandemente condizionata dalla pressante sorveglianza del socio di controllo.

La propensione per l'uno o per l'altro sistema, com'è ovvio, crea una non poco rilevante influenza sulla caratterizzazione della gestione e del conseguente sistema di suo controllo interno.

Tentare di cogliere una definizione univoca o, per lo meno, generalmente condivisa, dell'istituto qui discusso è impresa assai ardua. Non resta, perciò che individuarne una d'assieme, che sia sintesi e prodotto delle più importanti caratteristiche che, secondo attenta dottrina, una buona *governance* societaria dovrebbe possedere.

Ecco allora profilarsi l'idea che per *Corporate Governance* ci si possa riferire «*all'insieme di valori, regole e prassi operative che sia il substrato dell'organizzazione societaria, in grado di garantire una sana e corretta gestione, piena trasparenza (e, pertanto, un adeguato Sistema di controllo Interno) ed una mappatura dei poteri degli organi sociali che sia chiara e che individui le relative sfere di responsabilità*»¹⁸.

La *corporate governance*, insomma, rappresenta l'insieme di regole, di fonte pubblica o privata (giuridiche o meta-giuridiche¹⁹) che disciplinano l'organizzazione, e in particolare le attribuzioni di natura gestoria ovvero di controllo assegnate a ciascun organo della società, nonché le situazioni soggettive di soggetti esterni ad essa, che attribuiscono a questi ultimi poteri assimilabili in senso lato a forme di controllo²⁰. Tale definizione, senz'altro più familiare a un giurista, permette anche di comprendere l'attenzione che da alcuni decenni il

¹⁸ *Ibidem*, 6.

¹⁹ Oltre, difatti, alla corretta differenziazione tra regole di natura pubblica e privata, è necessario anche sul piano delle fonti disciplinanti la *corporate governance* distinguere tra regole giuridiche (dotate di immediata imperatività) e regole non giuridiche (la cui doverosità discende indirettamente dal noto principio del *comply or explain*).

²⁰ Cfr. POLI, *L'evoluzione della governance nelle società chiuse*, Milano, 2010, 6 s.

diritto ha tributato ad un tema di rilevanza spiccatamente “economico-aziendale”.

Invero, il richiamo alle regole disciplinanti l’organizzazione societaria conduce naturalmente al valore che sta dietro ad esse, ossia quello della correttezza della gestione sociale. Con le prime, anche le prescrizioni in tema di amministrazione e controllo sociale condividono lo stesso fine, ossia la realizzazione di un buon governo societario.

1.3. (Segue) Corporate Governance bancaria, dall’autoregolamentazione alla normazione di dettaglio

Un’analisi completa dell’attuale quadro normativo e regolamentare in materia di *governance* bancaria europea impone un preliminare approfondimento delle istanze riformatrici che hanno ispirato il legislatore internazionale.

In risposta agli scandali finanziari degli ultimi anni, infatti, leggi, regolamenti, Codici di autoregolamentazione sono stati oggetto di un’esponentiale proliferazione, nel tentativo di potenziare ed incrementare la trasparenza della gestione e delle scelte aziendali e, per tal via, la fiducia dei vari *stakeholders* sull’affidabilità dei meccanismi di controllo e gestione dei rischi. In tal senso, la strategia di intervento del legislatore internazionale nel nuovo millennio è stata caratterizzata da un approccio minimale, ovvero, come efficacemente sostenuto²¹, da un approccio volontaristico alla *Corporate Governance*.

In effetti, i primi interventi in tema di governo delle società, comprese quelle di diritto speciale, attuati secondo la nota tecnica

²¹ Da POWER, *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2007, 27.

della *soft law*, lasciavano ampio spazio all'autodisciplina, tramite l'introduzione di «*norme che fondano la propria efficacia più sulla diffusione di modelli culturali di riferimento che su effettive sanzioni giuridiche*»²².

Negli ultimi anni, al contrario, si è assistito ad una peculiare inversione di tendenza: basti raffrontare le differenti versioni dei principi elaborati dal Comitato di Basilea per cogliere con immediata evidenza le linee di fondo dello sviluppo della materia. Ed infatti, se nei primi documenti²³ veniva attribuita natura di mere *best practices* ai principi, lasciando ai singoli enti creditizi la possibilità, nonché il compito di sfruttare discrezionalmente gli spazi concessi per l'adeguamento a tali prassi dal diverso ordinamento di appartenenza²⁴, nei documenti più recenti²⁵ tale approccio viene definitivamente abbandonato, con l'imperiosa affermazione della necessità di introdurre regole vincolanti e cogenti in materia di governo societario.

E' di tutta evidenza come tale evoluzione si ricolleggi alla (anzi, si giustifichi con la) rinnovata consapevolezza del ruolo cruciale che il momento organizzativo interno delle società bancarie assume nel

²² ENRIQUES, *Codici di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, in *Banca, impr. soc.*, 1, 2003, 97.

²³ Cfr. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (1998 e 2006), *Enhancing Corporate Governance*, reperibili su www.bis.org/bcbs.

²⁴ In particolare, l'art. 22 della direttiva 2006/48/CE, di recepimento dell'Accordo di Basilea in materia di capitale delle banche e delle imprese di investimento, introdotta nell'ordinamento italiano con la legge n. 297 del 27 dicembre 2006, imponeva alle Autorità Competenti di ogni singolo Stato membro di «*esigere che ciascun ente creditizio sia dotato di solidi dispositivi di governo societario, ivi compresa una chiara struttura organizzativa con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali è o potrebbe essere esposto e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili*».

²⁵ Cfr. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2010), *Principles for Enhancing Corporate Governance*; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2012), *Core Principles for Effective Banking Supervision*; BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2015), *Corporate Governance. Principles for Banks*, reperibili su www.bis.org/bcbs.

sistema finanziario internazionale e delle influenze negative che eventuali inefficienze sono in grado di produrre in maniera endemica sul piano della sua stabilità²⁶.

Se nelle prime versioni dei principi del Comitato di Basilea lo scopo dichiarato era quello di realizzare un'allocazione di poteri e responsabilità funzionale ad una gestione dell'impresa bancaria in linea con gli interessi degli azionisti²⁷, già dal 2010 vengono considerati meritevoli di identica protezione tanto gli interessi degli azionisti, quanto quelli dei clienti e dei depositanti²⁸, sino a giungere, nel documento più recente, ad affermare che il principale obiettivo della *governance* societaria dovrebbe essere quello di tutelare gli interessi degli *stakeholders*, controbilanciandoli con il pur sempre preminente interesse pubblico, ritenendosi cioè degno di maggiore considerazione l'interesse dei depositanti rispetto all'interesse degli *shareholders*²⁹.

Un simile approccio comporta un tendenziale allontanamento, nel settore bancario, dai principi di *corporate governance* elaborati dall'OCSE³⁰ e ripropone con rinnovata attualità l'annoso dibattito circa l'effettiva (ovvero l'attuale) predicabilità di un rapporto di genere a specie tra *corporate governance* comune, ideata precipuamente come risposta alle problematiche tipiche delle strutture capitalistiche (*rectius*, l'esigenza di allineare, o quantomeno avvicinare, gli interessi degli azionisti a quelli del *management* o, ancora, quelli del socio di controllo o della maggioranza azionaria con

²⁶ Tra gli altri, SCHWIZER, *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca, impr. soc.*, 2015, 7 ss. ove un'ampia analisi degli effetti negativi causati al sistema dallo strapotere dei CEO; VELLA, *La "qualità" del governo delle banche*, in Calandra Buonaura et al. (a cura di), *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, Milano, 2014, 37 ss.

²⁷ Cfr. BCBS (2006), *Enhancing Corporate Governance*, cit.

²⁸ Cfr. BCBS (2010), *Principles for Enhancing Corporate Governance*, cit.

²⁹ Cfr. BCBS (2015), *Corporate Governance. Principles for Banks*, cit.

³⁰ Cfr. OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, cit.

quelli della minoranza) e quella elaborata con riferimento alle società bancarie.

Nel contesto bancario, difatti, è riconosciuto ruolo primario alla stabilità e solidità sistemica, che può raggiungersi solo con una adeguata valorizzazione delle specifiche caratteristiche che assume l'attività bancaria ed i rischi che una gestione non corretta può in tal senso comportare, rischi di sistema evitabili e governabili solo per il tramite di una sana e prudente gestione da parte dei singoli suoi attori³¹.

Il fattore “rischio” nelle società bancarie, a differenza di quelle comuni, rappresenta cioè l'oggetto stesso delle regole tecniche di primo e secondo livello dettate in tema di gestione e, pertanto, la disciplina in tema di *governance* deve necessariamente far sì che l'intera organizzazione dell'attività ponga l'ente creditizio in condizione di individuare e valutare, *ex ante*, e governare, durante lo svolgimento dell'attività, i rischi³² ai quali è esposto e orientare la sua attività in ragione dei medesimi³³ (c.d. approccio *risk based*). In ciò si apprezza con evidenza la trasformazione (meglio, la coniugazione) della *governance bancaria* come *risk governance*³⁴.

³¹ KOKKINIS, *A primer on corporate governance in banks and financial institution. Are banks special?*, in H-Y Chiu (ed.), *The law of Corporate Governance in bank*, Edward-Elgan Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2015, 30 ss.; CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi di impresa e regole prudenziali (disciplina europea e specificità della normativa italiana)*, in De Angelis, Martina, Urbani (a cura di), *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni*, Padova, 2015, 89 s.

³² Di controparte, di credito, di insolvenza, di liquidità, di cambio.

³³ Il rilievo che assume il fattore del rischio nell'economia dell'impresa è stato oggetto degli studi economici dai primi anni del '900. Nell'ampissima letteratura in merito si segnalano i pregevoli contributi di BORGHESI, *La gestione dei rischi di azienda*, Padova, 1985, *passim*; FERRERO, *Istituzioni di economia d'azienda*, Milano, 1968, *passim*.

³⁴ VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, impr. soc.*, 2014, 289 s.; H-Y CHIU, *Corporate governance and risk management in banks and financial institution*, in Id. (ed.), *The law of corporate governance in banks*, cit., 2015, 198 s.; AEBI, SABATO, SCHMID, *Risk Management, Corporate Governance, and Bank Performance in the Financial*

Ne sono testimonianza le principali novità contenute nell'ultima versione dei *Principles* del Comitato di Basilea ed i documenti del *Financial Stability Board* che ne sono alla base³⁵, nonché, in generale, tutte le iniziative assunte sul piano della regolamentazione bancaria³⁶ a seguito della crisi finanziaria.

E' pacifico che una delle cause del *default* del sistema finanziario internazionale sia stata l'insufficiente patrimonializzazione delle banche e l'inidoneità della dotazione di fondi propri ad assorbire i rischi cui gli enti creditizi erano esposti³⁷, nonché una generale carenza di liquidità, derivante dal finanziamento reperito sui mercati interbancari. Tali fattori, accompagnati agli insufficienti strumenti di valutazione del merito di credito delle controparti ed alle carenze in tema di gestione del rischio, organizzazione interna, trasparenza di mercato e qualità dei controlli, hanno definitivamente messo in crisi l'approccio prudenziale di Basilea II.

Tuttavia, nei primi interventi correttivi post-crisi, assunti in seno al Comitato (Basilea 3 - Primo Pilastro) si era creduto, sin troppo fideisticamente, che per ridare solidità al sistema bastasse innalzare i requisiti riferiti al "patrimonio di base"³⁸ e la dotazione di "capitale" –

Crisis, in *Journal of Banking and Finance*, 2012, 36, 3213 s..

³⁵ FINANCIAL STABILITY BOARD (2013a), *Thematic Review on Risk Governance*; FINANCIAL STABILITY BOARD (2013b), *Principles for an Effective Risk Appetite Framework*, entrambi reperibili su www.fsb.org.

³⁶ Si veda il contenuto del nuovo Accordo di Basilea 3, che si articola in una serie di interventi incidenti non solo sulla struttura patrimoniale delle banche, ma anche sulla sua componente organizzativa interna.

³⁷ FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, in Mancini, Paciello, Santoro, Valensise (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2017, I, 54 s.

³⁸ Ossia il patrimonio destinato a coprire le perdite in condizioni di dinamismo d'impresa, che si contrappone al c.d. patrimonio supplementare, destinato a coprire le perdite in caso di crisi dell'istituto di credito. Cfr., MOTTURA, PACI (a cura di), *Banca: economia e gestione*, Milano, 2009, 145 s.; RUGGIERO, *Le società finanziarie. Obblighi, vigilanza e sanzioni per gli intermediari*, Milano, 2010, 462 s.; MASERA E MAZZONI, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole bancarie dopo la grande crisi*, Milano, 2012, 21 s.; CAMPANELLA, ZAMPELLA, *La*

in particolare, di attività prontamente liquidabili (c.d. *liquidity coverage ratio*) nonché di fondi *Common Equity Tier 1* (CET1), passati dal 2% al 4,5% delle attività ponderate per il rischio – di cui le banche avrebbero dovuto disporre per poter svolgere la propria attività³⁹.

Epperò, l'adeguatezza deve necessariamente essere rapportata ad altri fattori e, in via di prima approssimazione, l'adeguatezza della dotazione di fondi propri deve commisurarsi ai rischi effettivamente assunti nello svolgimento dell'attività⁴⁰. In tal senso, le regole sull'adeguatezza patrimoniale si rivelano capaci di perseguire l'obiettivo di tutela della stabilità dell'ente – e, indirettamente, del sistema bancario – solo nella misura in cui i gestori assumano le loro determinazioni strategiche nella piena consapevolezza del *business* bancario e dell'esposizione dell'ente amministrato al rischio concreto, in base ad una valutazione *ex ante* dei coefficienti di misurazione del rapporto tra fondi propri in dotazione e effettiva rischiosità degli attivi⁴¹.

regolamentazione, la vigilanza e la gestione del rischio del settore bancario, Rimini, 2014, 46 s.

³⁹ E' quanto avvenuto, ad esempio, nello schema di regolamentazione di Basilea 3, trasposto nel nostro sistema per il tramite delle disposizioni comunitarie contenute nel pacchetto della CRD IV. Cfr. FRIGENI, *Natura e funzione del capitale nelle banche*, in *Banca, impr. soc.*, 2015, 53 s.; ENRIQUES, ZETSCHÉ, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, *ECGI Working Papers in Law*, n. 249, 2014, 211 s.

⁴⁰ FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance*, *cit.*, 52 s., il quale evidenzia come molti degli istituti di credito coinvolti nella crisi, a partire proprio da Lehman Brothers, presentassero coefficienti patrimoniali largamente superiori ai minimi richiesti e anche superiori a quanto adesso previsto dalle nuove regole di Basilea 3, ma non "sensibili" al grado effettivo di rischio, in particolare a quello di mercato, relativo alle posizioni che rientrano nel portafoglio di negoziazione ed al rischio di liquidità delle posizioni del c.d. *trading book*.

⁴¹ La stessa disciplina prudenziale prevista nel Primo Pilastro impone alle banche di calcolare il proprio coefficiente patrimoniale tenendo conto di alcuni tipi di rischi (di credito, di mercato, operativo), obbligandole (Secondo Pilastro) all'implementazione di un processo interno (*Internal Capital Adequacy Assessment Process: ICAAP*) – sottoposto a valutazione da parte dell'Autorità di Vigilanza

In sostanza, la normativa sul capitale può garantire solidità nella misura in cui, nella sua applicazione pratica, sia in grado di orientare la gestione societaria degli enti creditizi verso la prevenzione e l'eliminazione dei rischi endemici caratterizzanti il sistema bancario. Solo così può cogliersi la stretta correlazione esistente tra due differenti profili: da un lato, l'esigenza che la gestione sia orientata in considerazione al grado di rischio fissato *ex ante* come accettabile, tramite la valutazione sul grado effettivo ed attuale di rischio cui l'ente è esposto in rapporto alla dotazione patrimoniale (*risk appetite*); dall'altro, quella di fare in modo che, fissati in tal modo determinati obiettivi di rischio, la stessa gestione sia effettivamente attuata nel rispetto di questi, tramite un monitoraggio continuo dell'esposizione al rischio e la tempestiva adozione di interventi di riallineamento in caso di scostamento dagli obiettivi prefissati (*risk accountability*).

In ciò trova giustificazione il tentativo, di cui agli interventi regolamentari più recenti, di rafforzare il sistema di regole in materia di organizzazione interna degli enti creditizi⁴², prevedendo norme sempre più stringenti, al preciso scopo di evitare che l'incapacità di individuare e misurare correttamente i rischi ovvero la scarsa consapevolezza nell'assunzione delle decisioni gestorie, frustri gli obiettivi della disciplina prudenziale, determinando una intrinseca fragilità delle banche e, con essa, dell'intero sistema finanziario.

La consapevolezza del legislatore circa l'importanza di tali

(mediante lo SREP) – volto a misurare in concreto l'effettiva esposizione della propria attività a tutte le possibili tipologie di rischi. Sulla base delle risultanze così ottenute, le stesse sono poi tenute a calcolare l'adeguatezza del proprio patrimonio. Cfr. CANNATA E GALLINA, *L'approccio ai rischi nell'ottica della nuova vigilanza europea: una chiave di lettura*, in *Bancaria*, 2016, n. 2, 13 ss.; FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance*, *cit.*, 53 s..

⁴² Critico rispetto agli interventi prudenziali sugli assetti interni, ritenuti potenzialmente dannosi se eccessivamente rigidi, VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2008, n. 62, 14 ss.

momenti organizzativi ha così condotto alla predisposizione di regole cogenti, in cui vengono previsti requisiti concernenti la definizione dei compiti del *board* e sua articolazione in comitati interni⁴³, l'istituzione di funzioni aziendali di controllo predefinite, l'individuazione delle linee di riporto dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo e, in generale, la procedimentalizzazione dell'attività bancaria, tramite una serie di dettagliati processi e programmi (ad esempio: *risk appetite statement*, *risk appetite framework*, programma dell'attività di controllo).

In tal modo, come meglio si dirà, il criterio dell'adeguatezza degli assetti in ambito bancario si apprezza su un piano ben più ampio di quanto avviene nel contesto delle società di diritto comune, attraendo nel proprio raggio di azione non solo le funzioni amministrative in senso lato, e tra di esse anche quelle non esecutive, ma anche quelle deliberative.

1.4. (Segue) Contesto interno ed europeo

L'art. 53, comma 1, lett. d., in combinato disposto con l'art. 67, comma 1, lett. d., del D.Lgs. n. 385/93 (d'ora in avanti, T.U.B.) attribuisce alla Banca d'Italia (in conformità alle deliberazioni del Comitato per il Credito e il Risparmio, c.d. CICR), il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto, tra gli altri, «*il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione*»⁴⁴.

⁴³ Per LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, in *Banca e borsa* 2011, 718 s., il ruolo attribuito a tali comitati sarebbe eccessivo e capace di svuotare di concreta utilità i compiti degli organi collegiali. *Contra*, MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Torino, 2016, 660.

⁴⁴ Sul meccanismo di cui all'art. 53 T.U.B., cfr. PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, cit., 48 ss.; D'AMBROSIO-PERASSI, *Il governo*

Successivamente all'emanazione del D.Lgs. 3/2001 ed all'introduzione della ivi prevista possibilità di scelta riconosciuta anche alle società bancarie di adozione di sistemi di amministrazione e controllo diversi dal tradizionale, il Ministro dell'Economia e delle Finanze, quale presidente del CICR, in via d'urgenza, emanava il Decreto 5 agosto 2004, n. 1419, fissando i requisiti minimi per l'assetto organizzativo e l'articolazione di ruoli e funzioni degli organi sociali delle banche, accordando all'Autorità di Vigilanza il compito di emanare apposite istruzioni di attuazione.

La Banca d'Italia emanava così la Circolare n. 264010 del 4 marzo 2008 (Disposizioni di Vigilanza del 2008), introducendo una serie di norme incentrate specificamente sulla *corporate governance* delle banche, ed in particolare, sui controlli interni e sul sistema di remunerazione degli esponenti bancari, successivamente confluite nelle Disposizioni di Vigilanza del 2014.

Sul versante europeo, il tema degli assetti e della loro adeguatezza è stato per la prima volta affrontato in seno alla Seconda Direttiva di Coordinamento in materia bancaria (dir. 1989/646/CE) ed in particolare all'art. 13, comma 2, ove si imponeva a ciascun ente creditizio di dotarsi "*di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo interno*". A tale intervento faceva seguito la Direttiva 2006/48/CE⁴⁵, di recepimento di Basilea II, a sua volta implementata nel nostro sistema tramite la Circolare della Banca di Italia del 27 dicembre 2006, n. 263, ove all'art. 22, come detto, si prevedeva che "*ciascun ente creditizio deve essere dotato di solidi dispositivi di governo societario, ivi compresa una sana struttura organizzativa con linee di responsabilità ben*

societario delle banche, in Vietti (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità, controlli*, Torino, 2014, 226.

⁴⁵ Ora abrogata dalla Dir. 2013/36/UE del 26 giugno 2013.

definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione e la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali è o potrebbe essere esposto e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili”.

Tuttavia, ferme queste timide istanze rinnovatrici, è solo a seguito della crisi finanziaria che il tema della *governance* interna delle imprese bancarie diviene centrale nella letteratura economico-giuridica, interrompendo quell'abbrivio inerziale che, con riferimento alla struttura degli ordinamenti bancari nazionali ed alla loro armonizzazione a livello europeo, aveva assunto le sembianze della *regulatory and supervisory competition in laxity*, tramite un uso strumentale della fonte normativa e dell'esercizio concreto dei poteri di supervisione⁴⁶.

L'iniziativa, assunta in sede di G20 e poi confermata nelle successive indicazioni del *Financial Stability Board*, ha trovato sbocco in Europa, dapprima, nel *Rapporto de Larosière del 2009*⁴⁷ che ha dettato una serie di raccomandazioni tese all'individuazione di una disciplina comune nel settore finanziario e, poi, nei nuovi *Principles for enhancing corporate governance*⁴⁸ del Comitato di Basilea, ove, si è già detto, si riconosceva un ruolo di vertice, all'interno del sistema bancario, alla disciplina sulla *governance*. Inizialmente orientata all'analisi del sistema di remunerazione degli amministratori di banche, l'indagine si è poi ulteriormente ampliata sino a prendere in considerazione il tema di vertice dell'adeguatezza degli assetti e del funzionamento dell'organizzazione interna, nel quale anche il primo è

⁴⁶ Tra i tanti, HOPT, *Better Governance of Financial Institution*, *ECGI Working Papers in Law*, 2013, n. 207, 1 s., consultabile su www.ssrn.com.

⁴⁷ High-Level Group on Financial Supervision in EU, charatered by J. de Larosière, *Report*, 25 febbraio 2009.

⁴⁸ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2010), *Principles for Enhancing corporate governance*, reperibile su www.bis.org/bcbs.

rifluito⁴⁹.

Nel luglio 2015, in virtù della rapida evoluzione della materia, per la massima parte sulla spinta del *Financial Stability Board*⁵⁰, il Comitato è tornato sul tema, con l'emanazione di una aggiornata versione dei principi, intitolata *Corporate governance principles for banks*⁵¹.

Parallelamente, all'interno di quello che è stato efficacemente definito un «*movimento a più velocità*»⁵², è cresciuta la considerazione verso il tema della *governance* anche sul piano della vigilanza.

E' a partire dalla versione del 2012 dei *Core principles for effective banking supervision* del Comitato di Basilea⁵³ che alle Autorità di settore viene espressamente richiesto di sottoporre a specifica valutazione e verifica l'organizzazione interna delle banche, nonché il corretto funzionamento dei processi di *governance* (cfr. *Principle n. 14*).

Analoga previsione si riscontra nei documenti predisposti dal *Financial Stability Board* che si occupano dell'attività di vigilanza degli intermediari e delle banche di rilevanza sistemica: *Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision. Progress Report Thematic review on supervisory approach to SIB*⁵⁴.

⁴⁹ MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, Paper presentato al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma, 17-18 febbraio 2017, 2 s..

⁵⁰ Tramite la pubblicazione di due documenti: *Thematic Review on Risk Governance* (2013a) e *Principles for An Effective Risk Appetite Framework* (2013b).

⁵¹ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2015), *Corporate Governance Principles for Banks*, reperibile su www.bis.org/bcbs.

⁵² Cfr. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *BBTC*, 4, 205, 428

⁵³ BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (2012), *Core Principles for Effective Banking Supervision*, reperibile su www.bis.org/bcbs.

⁵⁴ Rispettivamente, FINANCIAL STABILITY BOARD (2010), *Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision*, reperibile su www.fsb.org; FINANCIAL

Le raccomandazioni del Rapporto *Larosière*, tese, come anticipato, all'individuazione di una disciplina comune nel settore finanziario, vengono implementate dal c.d. pacchetto CRD IV – direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013, che concentra la propria attenzione sull'accesso all'attività bancaria e sulla funzione di vigilanza e reg. UE n. 585/ 2013 del 26 giugno 2013 – con cui, come previsto nell'Accordo di Basilea 3, viene dettata per la prima volta una disciplina uniforme all'interno dell'Unione Europea.

In tale quadro si inserisce, poi, l'istituzione, tramite il Reg. UE n. 1093/2010 del 4 novembre 2010, dell'*European Banking Authority* (EBA) i cui compiti – nella materia in esame – sono sostanzialmente duplici: l'elaborazione di *standard* tecnici comuni di carattere vincolante (siccome destinati a essere adottati con regolamenti da parte della Commissione Europea) e la formulazione di linee guida per le Autorità di Vigilanza nazionali alle quali, seppur privi di carattere vincolante, si applica il principio del *comply or explain*.

Con specifico riguardo alla *corporate governance* bancaria, l'EBA ha provveduto a emanare rispettivamente le *Guidelines on Internal Governance* del 27 settembre 2011 “sull'organizzazione interna” delle banche, di cui all'abrogata dir. 2006/48/CE⁵⁵ e nel 2012 “sulla valutazione dell'idoneità dei membri dell'organo gestorio e del personale che riveste ruoli chiave” (EBA 2012).

In attuazione delle suddette *Guidelines*, il Governatore della Banca di Italia ha emanato il provvedimento dell'11 gennaio 2012,

STABILITY BOARD (2014), *Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision*, reperibile su www.fsb.org; FINANCIAL STABILITY BOARD (2015), *Thematic Review on Supervisory Approaches to SIFI*, reperibile su www.fsb.org.

⁵⁵ La complessiva normativa si innesta nel complessivo movimento di riforma della vigilanza europea, completato dal *Single Supervisory Mechanism* (reg. UE n. 1024/2013 del 15 ottobre 2013), divenuto operativo nel novembre del 2014, poiché superando le preesistenti normative nazionali pone la *European Central Bank*, quale supervisore unico, in condizione di applicare i medesimi strumenti di vigilanza a tutte le banche della zona euro sottoposte al suo controllo.

che completa il sistema di *Corporate Governance* delle banche italiane con l'indicazione di una serie di linee di indirizzo, aventi carattere non vincolante, e funzionali al raggiungimento di un "governo efficace e coerente dei rischi", tra le quali rilevano le raccomandazioni circa una preventiva ed esaustiva determinazione dei livelli di rischio, un approccio integrato degli stessi ed, infine, un adeguato contributo delle funzioni aziendali anche tramite la partecipazione ai lavori del *board* ovvero dei comitati interni ad esso.

Ma è con l'emanazione della CRD IV che la centralità attribuita alle tematiche di *governance* nel dibattito internazionale trova esplicito riconoscimento a livello di normativa primaria, contribuendo alla costruzione, seppur *in nuce*, di una speciale *governance* bancaria di matrice comunitaria.

Già dalla lettura dei numerosi *considerando* dedicati al tema si palesa chiara l'importanza che il legislatore europeo, sulla base delle risultanze emerse dalla crisi finanziaria, ha inteso attribuire a questo profilo. Se nell'art. 74 CRD IV vengono ribaditi i principi generali in materia di organizzazione interna già previsti dal vecchio art. 22 CRD I (con l'aggiunta del riferimento alla necessità di avere "politiche e prassi di remunerazione coerenti con una sana e prudente gestione dei rischi e in grado di promuoverla"), vengono ora introdotte ulteriori e più dettagliate regole, raggruppate in una apposita sezione denominata "*Governance*"⁵⁶.

⁵⁶ Cfr. artt. 76 e 88-95 CRD IV, ove vengono fissate alcune prescrizioni comuni riferite principalmente all'organo di gestione (meglio: di amministrazione) della società, definito come "l'organo o gli organi di un ente, che sono designati conformemente al diritto nazionale, cui è conferito il potere di stabilire gli indirizzi strategici, gli obiettivi e la direzione generale dell'ente, che supervisionano e monitorano le decisioni della dirigenza e comprendono le persone che dirigono di fatto l'attività dell'ente" (art. 3, comma 1, n. 7 CRD IV). In linea con la prassi internazionale, i precetti di dettaglio contenuti nella direttiva attribuiscono all'organo di gestione delle banche una serie di compiti specifici, soprattutto in materia di governo dei rischi (artt. 76, 88, CRD IV) e, quanto meno per gli enti significativi, impongono un'articolazione dell'organo collegiale in comitati interni

In tal senso, proprio al fine di adeguare il diritto interno al precetto europeo, che si pone pur sempre in rapporto di “neutralità” rispetto alla disciplina dei singoli paesi dell’Unione (cfr. *considerando* n. 55), è stato emanato nell’ordinamento italiano il D.Lgs. n. 12 maggio 2015, n. 72, con il quale sono state profondamente innovate molte delle disposizioni del T.U.B. e del T.U.F.⁵⁷.

Invero, al fine di comprendere appieno l’intenzione che il legislatore europeo persegue con l’emanazione della CRD IV, un cenno deve farsi anche alle nuove regole dettate in tema di risanamento e risoluzione delle crisi bancarie (*id est*, direttiva 2014/59/UE, “*Bank Recovery and Resolution Directive*, c.d. BBRD), le quali enfatizzano il ruolo delle misure di prevenzione delle situazioni di crisi, introducendo i c.d. *recovery plans* che ogni banca ha l’obbligo di adottare al fine di programmare *ex ante* le attività ed i processi da attivare in caso di emersione di uno stato di crisi o di difficoltà.

In tal modo, il legislatore mostra di aver pienamente accolto gli insegnamenti della migliore dottrina fallimentare⁵⁸ in merito

(comitato rischi, nomine e remunerazioni), funzionale al corretto ed efficiente esercizio di tali funzioni (rispettivamente, artt. 76, commi 3 e 4, 88, comma 2 e 95 CRD IV). Inoltre, anche in relazione ai nuovi compiti attribuiti all’organo di amministrazione, vengono fissati una serie di criteri di valutazione dell’effettiva idoneità di nomina e carica dei suoi componenti (art. 91 CRD IV).

⁵⁷ In particolare, l’art. 26 T.U.B. in materia di composizione dell’organo amministrativo, destinato ad attuare l’art. 91 CRD IV e gli artt. 52-*bis* e 52-*ter* T.U.B. sull’obbligo di implementazione di sistemi interni di segnalazione delle violazioni, c.d. *whistleblowing*, destinati ad attuare l’art. 71 CRD IV.

⁵⁸ Tra gli altri, cfr. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 173 ss.; MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 820 ss.; TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 631 ss.; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *AA.VV., Studi in onore di U. Belviso*, I, Bari, 2011, 609 ss.; SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 304 ss. e in Tombari (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, 113; ID., *Intervento*, in Jorio (a cura di) *Le soluzioni delle crisi di impresa*. Atti del Convegno, Torino, 8-9 aprile

all'effettiva incidenza che eventuali carenze a livello strutturale ed organizzativo assumono nell'emersione dell'insolvenza e, in particolare, per quanto qui interessa, l'importanza che la presenza di adeguati assetti riveste ai fini della corretta valutazione da parte dell'ente del livello di gravità della crisi (su cui si veda *infra*).

In realtà, come recentemente evidenziato «*l'intervento è avvenuto senza un vero e proprio filtro da parte del legislatore nazionale (che ha in parte sopperito alle lacune nel t.u.b. mediante una serie di norme contenute nel successivo d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72), in quanto la Banca d'Italia ha dato diretta attuazione alle prescrizioni europee mediante il "grimaldello" dell'art. 53, co. 1, lett. d), t.u.b., che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione»*⁵⁹.

In particolare, le disposizioni attuative della CRD IV in materia di governo societario, remunerazioni e sistema dei controlli interni sono oggi raggruppate nel Titolo IV della Parte Prima della Circolare 285 del 17 dicembre 2013, nel testo vigente a seguito del 19° Aggiornamento del 2 novembre 2016.

Le Disposizioni del 2008, integrate dalla loro entrata in vigore da due interventi modificativi «additivi» rappresentati dalla nota di chiarimento del 19 febbraio 2009 e dalla Comunicazione del 5 gennaio 2012, sono state sostituite da quelle del 2014 senza modificare due aspetti che, pur presenti nelle Disposizioni del 2008, nel frattempo hanno trovato un'autonoma collocazione all'interno della normativa regolamentare della Banca d'Italia. Nello specifico, la

2011, Milano, 2012, 109 s.; SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa*, in *Fall.*, 2008, 1110 s.

⁵⁹ Così MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 3.

materia dei controlli interni, disciplinata oggi integralmente dal 15° aggiornamento del 2 luglio 2013 alla Circolare 27 dicembre 2006, n. 263 (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche) e le politiche di remunerazione, tema espunto dalle Disposizioni del 2008 ad opera del Provvedimento della Banca d'Italia del 30 marzo 2011 e recentemente oggetto d'ulteriore intervento a opera del 7° aggiornamento del 20 novembre 2014 alla Circolare 17 dicembre 2013, n. 285 (Disposizioni di vigilanza per le banche) che ha abrogato il Provvedimento del 2011.

Le citate Disposizioni regolamentano, pur sempre sulla scorta di un criterio proporzionalistico, “*il ruolo e il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo e il rapporto di questi con la struttura aziendale*”, inserendosi così nel più ampio quadro normativo, sopra delineato, riguardante altri aspetti dell'organizzazione e del governo societario delle banche. Nel far ciò, viene adottata la consolidata tecnica normativa di articolazione in principi generali – che fissano gli obiettivi della disciplina rimettendo all'autonomia delle banche la concreta soluzione più idonea per realizzarli – e in linee applicative – il cui ruolo è quello di agevolare su taluni aspetti specifici della materia l'attuazione delle norme generali, senza esaurirne il contenuto precettivo.

Le Disposizioni, in coerenza con quanto previsto nel considerando n. 55 della CRD IV, non operano una distinzione tra i diversi modelli di amministrazione e controllo fissati dal codice civile, ma si applicano ad essi, in via *trasversale*⁶⁰, sulla base di un approccio per funzioni (di supervisione strategica, gestione e controllo che in ciascuno dei vari sistemi risultano in concreto assegnate ai vari organi, anche per via statutaria). In particolare, per quanto qui rileva, l'organo

⁶⁰ Così, FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di supervisione strategica*, in *BBTC*, 2015, I, 488.

con funzione di supervisione strategica, viene indicato dalla Circolare, come quello che “*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*”⁶¹.

In ragione del criterio di proporzionalità⁶², cui sono improntate, alla stregua di tutti gli interventi in tema di *governance* adottati in sede europea, le Disposizioni (Tit. IV, Cap. I, Sez. I, par. 4.1), facendo riferimento a una serie di parametri, di natura in prevalenza dimensionale, tracciano una triplice distinzione, presuntiva⁶³, delle banche in tre macro-categorie⁶⁴: banche di maggiori dimensioni o complessità operativa⁶⁵; banche intermedie⁶⁶; banche di minori

⁶¹ Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 e ss.mm.i (di seguito Circ. 285/2013), Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. III, §2.2., lett. b) e d).

⁶² Come noto, il criterio in parola prevede che le banche applichino le prescrizioni cui sono soggette con modalità appropriate alle proprie caratteristiche, dimensioni e complessità operativa. Resta peraltro impregiudicata la possibilità di continuare a fare riferimento ai criteri di applicazione del principio di proporzionalità già previsti nella Nota di chiarimenti del 2009 e confluiti nelle Disposizioni, riservata alle sole banche diverse da quelle classificabili come «significative» ai sensi dell’art. 6, par. 4, del reg. UE n. 1024/2013 e dalle banche quotate ed è subordinata a una valutazione di insufficiente significatività dei parametri sopra richiamati per la riduzione della società a una delle tre macro-categorie.

⁶³ Difatti, la singola banca viene sussunta in una delle tre tipologie prestabilite sulla base di una presunzione semplice.

⁶⁴ In ottemperanza a quanto previsto, a livello europeo, dall’art. 6 Reg. 1024/2013/UE.

⁶⁵ Ovvero, secondo quanto previsto nella Circ. 285/13, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. I, §3 «i) le banche considerate significative ai sensi dell’art. 6, par. 4 del reg. UE n. 1024/2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi; ii) le banche quotate; iii) le banche che si sono collocate in tale categoria in esito al processo di autovalutazione di cui al par. 4.1 di questa sezione (...) ossia – nel caso di insufficiente significatività dei parametri indicati dalle Disposizioni – a seguito di un processo di autovalutazione in cui vengono in rilievo i seguenti (ulteriori) criteri: 1) tipologia di attività svolta; 2) struttura proprietaria dell’intermediario; 3) appartenenza a un gruppo bancario; 4) appartenenza a un network operativo. Fermo restando che le banche significative ai sensi dell’art. 4 del reg. UE n. 1024/2013 e le banche quotate sono sempre considerate di maggiori dimensioni o complessità operativa».

⁶⁶ Per tali intendendosi quelle banche con un attivo compreso tra i 3,5

dimensioni o complessità operativa⁶⁷. Così, alcune previsioni in tema di governo societario sono commisurate alla categoria di appartenenza della società che viene in considerazione ovvero, a seconda dei casi, esclusivamente applicabili ad alcune di queste categorie.

Tuttavia, come condivisibilmente sottolineato⁶⁸, tale approccio regolamentare rischia di «*mettere in dubbio la consistenza ed i presupposti di validità del principio di proporzionalità medesimo*», svuotandolo di portata applicativa, tutte le volte in cui è lo stesso legislatore a predeterminare *ex ante* il grado e le modalità di adesione da parte dell'ente alle prescrizioni di legge e di regolamento, sulla base della sua significatività.

Sezione 2

2.1. Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili delle società

Il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante - come noto - la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, ha introdotto nel sistema societario “comune” la generale direttiva secondo cui gli organi di amministrazione e controllo della società sono tenuti, nello svolgimento delle loro funzioni, a far sì che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile “*sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*” (art. 2381, comma 5, c.c.).

In particolare, in materia di assetti societari, viene individuata una precisa articolazione di compiti e responsabilità:

- (i) l'organo delegato⁶⁹ cura che l'assetto, organizzativo,

miliardi di euro ed i 30 miliardi di euro.

⁶⁷ Che sono invece sono quelle banche con un attivo pari o inferiore a 3,5 miliardi di euro.

⁶⁸ MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 650.

⁶⁹ Come è ovvio, qualora l'organo amministrativo non preveda organi

amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa (art. 2381, comma 5, c.c.)

(ii) il Consiglio di Amministrazione ne valuta l'adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (art. 2381, comma 5, c.c.)

(iii) il Collegio Sindacale vigila sulla sua adeguatezza (art. 2403, comma 1, c.c.).

Invero, la declinazione degli assetti societari quale componente necessaria dell'attività gestoria era stata già affermata ben prima del 2003 nella disciplina delle società italiane quotate e di diritto speciale⁷⁰.

In particolare, l'introduzione di una regolamentazione in tema di assetti interni delle società di diritto comune trova il suo precipitato normativo, secondo i più, nell'art. 149 del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), che prescrive all'organo di controllo delle società quotate un obbligo del tutto analogo a quello di cui all'art. 2381, comma 5, c.c.: si fa infatti ivi riferimento al dovere di vigilare “*sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel*

delegati, l'obbligo di predisporre (e non solo di valutare) gli assetti adeguati non potrà che incombere sugli amministratori.

⁷⁰ Sulla riconducibilità dell'attuale disciplina di diritto comune in tema di assetti alle regolamentazioni di diritto speciale: MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 63 s.; ID, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario attuale*, in Campobasso et al. (diretto da), *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum Pietro Abadessa, III, Torino, 2014, 2176 s. ove una approfondita analisi della tendenza, in atto da alcuni decenni, che vede nella disciplina bancaria in materia di *governance* e controlli un laboratorio avanzato di soluzioni adattabili ed in concreto adottate dal diritto comune delle società. Analogamente RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle s.p.a.: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi nel diritto societario*, in Meruzzi e Tantini (a cura di), *Le Clausole generali nel diritto societario*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, LXI, Padova, 2011, 141 ss.; MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nelle società per azioni*, Padova, 2012, 6 ss..

rappresentare correttamente i fatti di gestione”⁷¹.

Epperò, già dai primi anni '90 il legislatore si era mostrato particolarmente attento al profilo organizzativo delle strutture aziendali delle società di diritto speciale - in particolare a quelle deputate al controllo interno - ove era (ed è) preminente la tutela di interessi diversi da quelli tipicamente emergenti nel contesto delle società comuni (*rectius*, interesse dei depositanti, degli investitori e degli assicurati, ossia, con formula di endiadi, del risparmio in ogni sua forma)⁷².

Nella disciplina delle società operanti nel settore bancario, assicurativo e finanziario, infatti, era (ed è) possibile individuare una serie di disposizioni di derivazione comunitaria e di fonte normativa e regolamentare, che prescrivevano (e prescrivono) in capo a tali società l'obbligo specifico di dotarsi di una buona organizzazione amministrativa e contabile e di adeguate procedure di controllo, in modo da assicurare non solo l'efficiente e corretto svolgimento dell'attività di impresa, ma anche la sana e prudente gestione, il contenimento dei profili di rischio e la stabilità patrimoniale.

Rinviando al prosieguo l'analitica specificazione dei criteri e dei parametri di riferimento nella valutazione circa l'adeguatezza degli assetti, oltre che del significato da attribuire ai termini “*curare*”, “*valutare*” e “*vigilare*” nell'ambito della diversificazione di ruoli e competenze delle varie funzioni aziendali, sembra necessario individuare preliminarmente in cosa concretamente consistono i c.d.

⁷¹ Ricollegano l'avvenuta introduzione di una disciplina sugli assetti interni delle società di diritto comune al T.U.F., AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati in diritto e nella pratica*, in *Soc.*, 1999, 1421 s.; DI CARO, *Il sistema dei controlli interni e i compiti del collegio sindacale delle banche nella circolare della Banca d'Italia*, 9 ottobre 1998, *ivi*, 1999, 797 ss.

⁷² SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *BBTC*, 2010, I, 144, ove una puntuale disamina del fenomeno di «*valorizzazione degli assetti organizzativi*» da parte di intermediari finanziari e banche.

assetto societari. Il codice civile, infatti, fissato il principio generale per le società per azioni di dotarsi di adeguati assetti organizzativi, lascia libera ciascuna impresa, secondo il parametro della proporzionalità alle proprie caratteristiche e dimensioni, di selezionare le più idonee soluzioni organizzative da attuare in concreto per riempire di contenuto i singoli assetti con cui declinare la propria struttura aziendale.

Invero, il legislatore della riforma, introducendo il *criterio* dell'adeguatezza degli assetti, ha *normativizzato* i risultati cui la scienza aziendalistica è pervenuta in tema di organizzazione aziendale delle società e dei suoi risvolti operativi e strutturali⁷³. In tal senso, gli assetti societari rappresentano quel complesso di regole che stabilisce formalmente *cosa* deve farsi, *chi* deve farlo e *come* deve essere fatto e, in una accezione più ampia, concorrono all'enucleazione del sistema organizzativo unitario che definisce non solo *ex ante* l'organizzazione societaria ed i processi interni di governo decisionale, ma anche *ex post*, ossia a livello operativo, le funzioni aziendali (di gestione, di vigilanza e di controllo), le procedure e le strutture che consentono di rendere operative ed attuare quelle stesse decisioni, con loro costante e periodica verifica, al fine della realizzazione compiuta ed efficace dello scopo che la società si prefigge di attuare nel mercato⁷⁴.

Gli assetti, pertanto, non soltanto sono funzionali a consentire che l'attività gestoria sia conforme, sul piano formale e statico, alle

⁷³ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, 3° e 5° comma, c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 10; MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 449, nonché in *Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, "Mercati finanziari e sistema dei controlli"*, Milano, 2005, 131.

⁷⁴ BRUSA, *Dentro l'azienda: organizzazione e management*, Milano, 2004, 12 ss.; BERETTA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi e risk management*, in *Atti del Convegno Paradigma «Governance e controlli societari»*, 14-15 ottobre 2008 12; DAFT, *Organizzazione aziendale*, 3° ed., Milano, 2007, 75; DE VITA, MERCURIO, TESTA, *Organizzazione aziendale: assetto e meccanismi di relazione*, Torino, 2007.

prescrizioni di legge e statuto, ma anche efficiente ed efficace⁷⁵ sul piano dinamico e sostanziale, finendo così per rappresentare una irrinunciabile «componente dei principi di corretta amministrazione»⁷⁶.

Più nel dettaglio, occorre che gli amministratori, riguardo al compimento delle varie operazioni che a loro spettano, abbiano acquisito adeguate informazioni, posto in essere le necessarie cautele ed operato le opportune verifiche di carattere preventivo; è necessario, ancora, che essi accertino – e si tratta di profili concernenti sempre la corretta amministrazione – che le iniziative intraprese non siano manifestamente imprudenti o azzardate, che quelle più rilevanti siano assistite da strumenti di pianificazione economica e finanziaria (i cosiddetti *business plans*) ed, infine, che i processi decisionali, nei suoi elementi costitutivi, siano rispettati.

Così, dall'analisi del contenuto degli assetti è dato individuare e comprendere non solo chi decide, chi formalizza tale decisione (anche all'esterno) e chi vigila sulle decisioni assunte, ma anche chi esegue e monitora l'esecuzione di quelle stesse decisioni.

Se ne trova conferma nelle “*Norme di comportamento del Collegio sindacale*” del Consiglio Nazionale dei Dottori

⁷⁵ Così IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 368; v. anche MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contr. impr.*, 2010, 741.

⁷⁶ CAVALLI, *Sub art. 149*, in Campobasso (diretto da), *Testo Unico della Finanza. Commentario*, vol. I, Torino, 2002, 1242, che, con riguardo agli obblighi del Collegio Sindacale, seppur con riferimento specifico alle società quotate, riteneva che l'adeguatezza delle procedure e delle strutture aziendali fosse funzionale a «prevenire il rischio di possibili abusi e a consentire la pronta emersione di eventuali criticità» (nt. 1); MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., 734; Per KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, cit., 712: «il perseguimento dei principi di corretta amministrazione [...] dipende anche dall'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e dal loro concreto ed effettivo funzionamento».

Commercialisti e deli Esperti Contabili del settembre 2015, ed in particolare alla norma Q.3.4., ove per assetto organizzativo si intende espressamente *«il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità»*. Nello stesso documento, vengono altresì fissati i requisiti in presenza dei quali un assetto organizzativo può definirsi adeguato: *«redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità; esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri; sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate; esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate; presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione»*. Sempre le medesime Norme definiscono l'assetto amministrativo e contabile (Norma 3.6) come *«l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»*.

Emerge, così, con palmare evidenza, quella tendenza alla *“procedimentalizzazione dell'organizzazione e dell'attività di impresa”* cui in premessa si è fatto cenno, che ha nei fatti comportato una progressiva preordinazione dell'*agere* societario per via legislativa, allo scopo (dichiarato) di ridurre o attenuare il c.d. rischio

organizzativo⁷⁷.

I singoli processi nei quali viene declinata l'attività di impresa, la definizione e la rappresentazione delle responsabilità organizzative e delle funzioni delle singole unità operative (di supporto e di controllo) subiscono cioè un processo di crescente internalizzazione, siccome concretamente individuate, distinte, pianificate e coordinate tra loro secondo i parametri amministrativi che appaiono di volta in volta più idonei (alla luce delle regole aziendalistiche) alla singola realtà di impresa.

Nel "modello" societario "per assetti", pertanto, il *management* non svolge soltanto l'attività di direzione tipica, ma è altresì tenuto all'adempimento dello specifico potere-dovere⁷⁸ di attuare una struttura organizzativa ed un sistema di suo continuo monitoraggio, avendo quale parametro di condotta il rispetto delle regole aziendalistiche.

Il grado di correttezza dell'operato degli amministratori, perciò, dipende in massima parte proprio dalla adeguatezza e dall'efficienza degli assetti interni e dalle capacità degli organi di amministrazione e

⁷⁷ Su cui parte della dottrina ha nutrito ampie riserve per il rischio di *overregulation*, e cioè dell'eccesso quantitativo di norme e regolamenti che finiscono per aumentare i costi degli intermediari soprattutto a discapito delle piccole e medie banche. Cfr., fra i tanti PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit., 53 e MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 12.

⁷⁸ Mette in luce, quale portato più innovativo della riforma del diritto societario, la puntualizzazione di specifici doveri-poteri degli amministratori che non rappresentano la mera esplicitazione di compiti già indiscutibilmente ricompresi nella funzione amministrativa ovvero come meccanica traslazione di passi aziendali MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 4; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Abadessa e Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Torino, 2007, 835 ss.; ID., *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, in Tombari (a cura di), *Corporate governance e sistema dei controlli nella s.p.a.*, Torino, 2013, 3 s.; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 76 s.; ID., *Gli obblighi degli amministratori delle società per azioni*, cit., 358 ss.; MERUZZI, *I flussi informativi*, cit., 35 ss..

di controllo di curare, vigilare e valutare tali assetti⁷⁹.

L'adeguatezza degli assetti, compreso il sistema di controllo interno, diventa in tal modo elemento qualificante dei principi di corretta gestione. I funzionigrammi e gli organigrammi, a loro volta, divengono parte integrante e necessaria degli assetti di tutte le società di diritto comune, mentre non sembrano rientrare obbligatoriamente tra questi i sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno⁸⁰, a differenza di quanto avviene per le società quotate e per quelle appartenenti ai settori speciali. Tuttavia, tale conclusione non appare così scontata: la scelta, qui discrezionalmente lasciata al *board*, sul “*se e come*” implementare nel contenuto degli assetti organizzativi una struttura di monitoraggio del rischio e di controllo interno deve essere assunta in funzione della complessità operativa e delle dimensioni dell'impresa.

In sostanza, gli assetti di ogni tipo di società, per essere adeguati, devono necessariamente includere anche, un seppur embrionale, sistema di controlli interni, fermo restando che la progettazione, l'attuazione ed il costante processo di verifica del sistema di controllo interno, a differenza degli altri aspetti dell'organizzazione aziendale, dipenderà poi, in concreto, dalla complessità della specifica struttura aziendale e dalla sua dimensione⁸¹.

Quanto al profilo in cui apprezzare la connessione esistente tra il

⁷⁹ MONTALENTI, *La società quotata*, cit., 228; CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 59 s.

⁸⁰ In questo senso, IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 369.

⁸¹ In questo modo è orientato MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari*, cit., 2180 s., secondo cui «l'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta come principio di diritto societario comune in quanto elemento necessario ai fini dell'adeguatezza della struttura organizzativa della società, sia pure con caratteri di maggiore o minore complessità in ragione della dimensione e della tipologia dell'impresa». V. anche FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 29.

dovere in parola e il generale principio di corretta amministrazione, è certamente corretto affermare che si tratta pur sempre del profilo “interno” di *governance*⁸². Sempre rispetto ai principi di corretta amministrazione si è, cioè, valorizzata la distinzione tra *atti di organizzazione interna*, da un lato, e *gestione dell’impresa (o della sua liquidazione)*, dall’altro⁸³, configurando in maniera differente il dovere di corretta amministrazione se posto in correlazione: (i) agli atti di organizzazione della società (cfr. art. 2381 c.c.); (ii) alla gestione dell’impresa in corso d’esercizio; (iii) alla (mera) conservazione del patrimonio sociale, allorquando si sia verificata una causa di scioglimento (cfr. art. 2486 c.c.).

Tuttavia, non ritengo ci si possa fermare a tale (pur corretto) rilievo, essendo invece necessario esplorare in maniera più approfondita l’area di incidenza del dovere di predisposizione degli assetti societari. Ciò perché, adottando una visione prospettica, il dovere di predisporre assetti adeguati non disvela la propria incidenza solo e soltanto nella sfera “tutta interna” della società.

In primo luogo, come detto, esso influenza in modo decisivo il momento dinamico dell’impresa, ossia la sua gestione operativa ed il concreto svolgimento delle attività programmate nell’oggetto sociale al fine dell’incremento della sua redditività e del suo valore. In

⁸² Come efficacemente sostenuto, l’obbligo di dotare la società di adeguati assetti è uno degli obblighi in cui si declina il dovere di corretta amministrazione dell’organizzazione interna della società, ossia della c.d. *governance* interna, che si contrappone alla *governance* esterna, concernente la struttura proprietaria, il mercato del controllo, il ruolo del debito e del capitale. Cfr. IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori delle società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 368 s., che enfatizza, rispetto ai principi di corretta amministrazione, la distinzione tra «*atti di organizzazione interna, da un lato, e gestione dell’impresa (o della sua liquidazione), dall’altro*», evidenziando come l’obbligo di assetti adeguati segnali «*il consistente rilievo che, sul piano giuridico, hanno i profili concernenti l’organizzazione interna della società*». V. anche MERUZZI, *L’informativa endo-societaria nella società per azioni*, cit., 738 s..

⁸³ Sull’annoso dibattito circa il rilievo da riconoscere alla nozione di “organizzazione” ex art. 2082 c.c., da ultimo, cfr. LIBERTINI, MIRONE, SANFILIPPO, *L’assemblea delle società per azioni*, Milano, 2016, XIII s..

secondo luogo, assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati costituiscono, a ben vedere, presidi necessari e prodromici al corretto espletamento di doveri ulteriori posti a carico degli organi sociali, doveri che attengono sia alla fase conservativa della gestione sociale⁸⁴ (in caso di perdite patrimoniali che impongono agli amministratori di adoperarsi ai sensi degli art. 2246 e 2447 c.c.), sia ancora al profilo esterno della gestione.

Il principio dell'adeguatezza degli assetti assume, infatti, rilievo (seppur peculiare) anche in relazione ai sistemi di prevenzione della crisi di impresa ed alla sua gestione negoziata.

Basti in tal senso leggere le citate Norme di comportamento del Collegio Sindacale⁸⁵, che impongono, quanto agli assetti organizzativi interni, che essi siano congegnati in modo da far tempestivamente

⁸⁴ Evidenzia il ruolo strumentale delle strutture organizzative interne ai fini dell'espletamento dei doveri connessi alle perdite patrimoniali, secondo le prescrizioni degli artt. 2246 e 2247 c.c., IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, 12. MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 762.

⁸⁵ Norma 11.1. Prevenzione ed emersione della crisi) che “*il collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento. Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti. Quindi nel commento di tale principio, si legge che “ogni volta in cui il collegio sindacale, anche a seguito dello scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale, ritenga che il sistema di controllo interno e gli assetti non risultino adeguati a rilevare segnali che possano far emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa a continuare ad operare come entità in funzionamento è opportuno che il collegio: i) richieda all'organo amministrativo di fornire informazioni e chiarimenti in merito (cfr. Norme 4.2. e 5.2.); ii) richieda all'organo amministrativo di intervenire tempestivamente ponendo in essere provvedimenti idonei a garantire la continuità aziendale nel caso di conferma dei dubbi o di insufficienti informazioni e chiarimenti da parte degli amministratori; iii) vigili sull'attuazione dei provvedimenti adottati dall'organo amministrativo, sollecitando, se del caso, l'adozione anche di uno degli istituti di composizione negoziale della crisi. È auspicabile che il collegio sindacale vigili attentamente effettuando controlli e ispezioni tanto più mirati quanto più evidenti siano i segnali di crisi.”*

emergere i segnali di crisi e la perdita di continuità aziendale e, quanto a quelli contabili, che siano in grado, tra le altre cose, di consentire la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione e la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale, anticipando nei fatti il ruolo attribuito ai meccanismi di allerta della crisi di cui alla legge delega approvata dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017, n. 2671-*bis* di riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (c.d. riforma Rordorf)⁸⁶.

In tale ottica, il Sistema di Controllo Interno delle società di capitali deve essere finalizzato non soltanto al monitoraggio della gestione ordinaria della società, ma anche alla diagnosi del suo stato di pre-crisi.

E' innegabile come l'emergere, nel panorama normativo attuale, di strumenti alternativi al fallimento nella gestione delle crisi d'impresa⁸⁷ imponga di adeguare la clausola generale di adeguatezza di cui all'art. 2381, comma 5, c.c., per ricomprendere, tra le informazioni aziendalmente rilevanti da acquisire e divulgare tra i

⁸⁶ Come noto, il 28 gennaio 2015 è stata nominata la Commissione per la riforma delle procedure concorsuali, c.d. Commissione Rordorf, cui è stato affidato il compito di elaborare proposte di riforma delle procedure concorsuali attualmente vigenti nel nostro ordinamento. Fra le novità più attese della riforma organica delle discipline della crisi e dell'insolvenza, vi è certamente l'introduzione delle «*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*» (art. 4) con le quali l'ordinamento domestico perverrà a raccogliere l'invito della Raccomandazione 2014/135/UE affinché vengano offerti «*servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi*».

⁸⁷ Sul tema, tra gli altri, NIGRO E VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3^a ed., Bologna, 2014, 345 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 1, Padova, 2008, 1 ss.; ID., *Il concordato preventivo*, in Vassalli, Luiso, Gabrielli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, 4 ss.; BONFATTI E FALCONE (a cura di), *Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali «nella gestione della crisi»*, Milano, 2013.

componenti degli organi di amministrazione e controllo, gli indicatori del profilarsi dello stato di difficoltà dell'impresa, onde consentire all'organo amministrativo, prima, ed ai soci, poi, di assumere le iniziative più consone a salvaguardia della sua continuità, optando per il ricorso all'uno o all'altro degli strumenti di soluzione concordata della crisi.

Incombe espressamente, allora, in capo agli organi sociali (in ambito bancario secondo le attribuzioni di funzioni che si indagheranno *infra*), la predisposizione e l'implementazione di un sistema di controllo preventivo, in grado non solo «*to a going concern, ma altresì ad una efficace, completa e tempestiva rilevazione dei segnali di crisi*»⁸⁸.

Per far ciò, ruolo primario assume l'adozione di procedure interne idonee a garantire un continuo e sostanziale scambio informativo tra i vari organi, allargando il perimetro delle informazioni aziendali rilevanti da acquisire e da divulgare, ricomprendendovi anche gli indicatori del profilarsi dello stato di crisi.

Solo in tal modo, ossia tramite la realizzazione da parte della società *in bonis* di un adeguato assetto informativo interno, sarà possibile per gli organi sociali, non appena emergano situazioni di criticità, assumere le iniziative più adeguate alla salvaguardia della continuità aziendale, tramite l'adozione di uno degli strumenti di soluzione concordata previsti dalla legge.

Ma anche, come detto, nella fase di gestione della crisi di impresa, è notevole il ruolo assunto dagli assetti interni. In tale

⁸⁸ MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in Tombari (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, cit. 40; VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa* in *Giur. comm.*, 2013, I, 128 ss.; SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi di impresa societaria*, cit., 304 ss.; LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2006, 86 s.

condizione, difatti, dovere precipuo degli amministratori è quello di condurre una gestione che sia appunto conservativa del valore della continuità aziendale, al fine di meglio tutelare gli interessi sia dei soci sia dei terzi: per far ciò, è necessario che la società sia dotata di assetti organizzativi amministrativi e contabili che consentano, ad esempio, di eseguire correttamente l'accordo di ristrutturazione, di garantire il rispetto della *par condicio creditorum* in seno all'esecuzione del concordato con riserva, di realizzare il piano di concordato preventivo con cessione di beni e le funzioni che permangono in capo alla società; di assicurare la continuità del concordato in continuità, e così via (su cui, si veda meglio *infra*, Cap. 3).

La diffusione a tutti i livelli aziendali dei concetti di pianificazione economica e finanziaria di medio e lungo periodo, associati allo sviluppo e al consolidamento della cultura del controllo, applicata a livello strategico, operativo, finanziario, rappresentano elementi che inevitabilmente favoriscono la tempestiva emersione della crisi e la sua gestione, con notevole ampliamento delle possibilità di successo dell'intero intervento di risanamento.

2.2. (Segue) L'adeguatezza degli assetti nel diritto societario come criterio primario di condotta. Principi generali.

Si è già detto che l'inserimento, all'interno del Libro V, Titolo V del c.c., dell'art. 2381, comma 5, ha segnato il definitivo riconoscimento normativo del fenomeno di procedimentalizzazione ovvero amministrativizzazione dell'organizzazione aziendale⁸⁹, prevedendo in capo alle società di diritto comune un generale obbligo di automatico adeguamento di ogni fase della propria attività ai

⁸⁹ Cfr. nt. 5.

principi di corretta amministrazione, cui:

- (i) gli amministratori devono ispirare la conduzione gestoria;
- (ii) il Collegio Sindacale deve parametrare il controllo e la vigilanza su quest'ultima.

In tal modo, l'adozione e la corretta implementazione di assetti societari adeguati vengono per la prima volta interpretati, nell'ambito del diritto societario comune, quale declinazione dei principi di corretta amministrazione, individuandosi, nel criterio dell'adeguatezza, il parametro di condotta cui gli organi sociali devono adeguarsi nell'attività di loro predisposizione, attuazione, verifica e vigilanza (cfr. art. 2403, c. 1, c.c., in collegamento con i commi 3 e 5 dell'art. 2381 c.c.).

Per tal via, consentendo la continua verificabilità delle procedure (cui sono chiamati appunto a vigilare gli organi di controllo), gli assetti societari rappresentano, nell'intento del legislatore, idonei baluardi a presidio del contenimento dei rischi e di eventuali disfunzioni gestorie⁹⁰.

La dottrina tradizionale qualifica il criterio dell'adeguatezza degli assetti come clausola generale ovvero norma di rango primario connotata da autonoma percettività, destinata a riempire di contenuto tutte le fasi in cui si dispiega l'attività della società, costituendo uno dei criteri guida dell'intera *governance* e parametro di valutazione della responsabilità sia degli organi di amministrazione e controllo e dei suoi componenti, sia dei preposti alle numerose funzioni interne ormai previste dall'ordinamento (revisore legale dei conti⁹¹, dirigente

⁹⁰ Tuttavia, con riferimento alle società di diritto comune, si è correttamente sostenuto come la circostanza che sia lasciata pur sempre all'autonomia degli amministratori l'individuazione degli assetti più idonei al raggiungimento degli obiettivi di volta in volta prefissati, «*non consente alle imprese di individuare senz'altro un porto sicuro*». Così DE MARI, *Adeguatezza degli assetti e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *NDS*, 3, 2009, 71.

⁹¹ Il tema è affrontato dalle citate Norme di comportamento del Collegio

preposto alla redazione dei documenti contabili societari *ex art. 154-bis*, comma 3, T.U.F.)

Sugli organi sociali, *in primis* sugli amministratori, incombe, di là dai doveri a contenuto specifico aventi ad oggetto l'adozione di precise iniziative⁹² in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società azionaria, il generale dovere di attuare, anche in assenza di specifici precetti normativi, tutte quelle attività necessarie a dotare la società di assetti adeguati, nel senso sopra già specificato.

E' pertanto potere-dovere degli amministratori, nell'ambito del più generale obbligo di corretta amministrazione⁹³, assumere tutte le iniziative volte a far sì che la società, a seconda delle sue specifiche caratteristiche, si doti di quegli assetti organizzativi, amministrativi e

Sindacale del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili. In particolare rileva la Norma Q.5.3, sui rapporti tra Collegio Sindacale e revisore legale dei conti in merito all'assetto organizzativo della società, i cui Criteri applicativi evidenziano l'importanza dello scambio informativo, *ex art. 2409-septies c.c.*. Cfr. FORTUNATO, *Art. 2409-septies*, in Niccolini – Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004, II, 862 ss.; AMBROSINI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti (a cura di), *Le società per azioni*, in Cottino (diretto da) *Trattato di Diritto Commerciale, cit.*, IV, 770 s.; RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo, cit.*, 155. *Contra*, nel senso dell'inesistenza di un obbligo di vigilare sull'adeguatezza degli assetti in capo ai revisori legali dei conti IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, cit.*, 276.

⁹² Basti pensare, nell'ambito delle società quotate, alla nomina obbligatoria del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-bis T.U.F.) o ancora all'obbligatoria istituzione di un adeguato sistema di controllo interno (art. 149, comma 1, lett. c, T.u.f), allo sviluppo della funzione di *internal audit*, di *compliance* e di *risk management*, nonché alla proliferazione di comitati interni all'organo amministrativo e degli uffici interni con funzioni di orientamento dell'attività, che caratterizza le imprese di maggiori dimensioni.

⁹³ Sull'inclusione dell'obbligo di dotare la società di assetti adeguati nell'ambito del più generale dovere di corretta gestione, FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit.*, 16 s.; MONTALENTI, *Introduzione alla disciplina degli organi sociali*, in Cottino *et al.* (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009, 357; IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati, ibi*, 559 che definisce il principio di carattere generale dell'adeguatezza degli assetti come «norma a contenuto aperto».

contabili non solo conformi alle prescrizioni di legge e statuto, ma anche più adeguati ad un esercizio di impresa efficiente ed efficace⁹⁴, pena l'emersione di possibili profili di responsabilità *ex art. 2392 e ss. c.c.*

Ma come si è detto, il legislatore, con l'art. 2381, comma 5, si limita ad imporre il generale obbligo dell'adeguatezza, senza tuttavia spingersi a definire in concreto in cosa esso si sostanzia, avuto riguardo alla specifica attività d'impresa.

Il criterio in parola (in ciò si ravvisa la sua generalità), è infatti caratterizzato, da una intrinseca mutevolezza che impone, per la corretta comprensione del suo effettivo peso applicativo, di definire preliminarmente quali siano i parametri normativamente (e non solo) vincolanti al fine di valutare l'adeguatezza degli assetti in concreto adottati. Ciò avendo a mente non soltanto la specifica attività d'impresa di volta in volta considerata e la dimensione della stessa, ma anche il singolo profilo organizzativo, amministrativo e contabile venuto in rilievo⁹⁵.

D'altra parte, se è vero che l'adeguatezza deve essere «*declinata su un criterio esterno che indichi la direzione dello sforzo organizzativo*» e che, tuttavia, «*il giurista non è in grado di riempire autonomamente di contenuto il termine di adeguatezza, il quale richiede invece un rinvio a fonti metagiuridiche*»⁹⁶, non è meno vero che l'individuazione di parametri sicuri⁹⁷ cui correlare il criterio dell'adeguatezza, risulta fondamentale nei contenziosi aventi ad

⁹⁴ IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 365 ss..

⁹⁵ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 12 s.

⁹⁶ MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., 736.

⁹⁷ Pur nella unanime consapevolezza che non siano concepibili assetti universalmente validi, così DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 56.

oggetto la responsabilità di amministratori e sindaci, al fine di orientare l'autorità giudiziaria nel sindacato di conformità tra gli assetti adottati e quelli adottabili in astratto, al contempo evitando abusi derivanti dall'eccessiva discrezionalità lasciata dall'ampiezza definitoria della norma di riferimento⁹⁸.

Non si trascuri, infatti, che il sindacato del giudice, seppur tendenzialmente di legalità, non può limitarsi ad una mera verifica formale del rispetto dei protocolli e delle procedure esistenti ovvero ancora alla valutazione dell'idoneità in astratto degli assetti adottati dall'impresa bancaria, ma deve necessariamente spingersi ad indagare la loro efficacia e il loro corretto funzionamento.

In primo luogo, dal punto di vista dell'oggetto, assodato il carattere necessariamente «*relazionale*» del principio dell'adeguatezza⁹⁹, come si evince dalla lettura dell'art. 2381, comma 5, gli unici parametri che il legislatore evoca espressamente per la definizione in concreto del criterio dell'adeguatezza (compito demandato espressamente agli amministratori delegati¹⁰⁰) sono la “*natura*” e le “*dimensioni dell'impresa*”.

La definizione dell'oggetto dell'adeguatezza passa dunque attraverso un criterio quantitativo, legato al coefficiente dimensionale dell'impresa, e uno ontologico, che si basa sull'attività concretamente esercitata dall'impresa. Entrambi i requisiti, peraltro, corrispondono a loro volta ai «*due più elementari parametri di classificazione e di*

⁹⁸ Si è parlato, a proposito, di «*nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e della stessa impresa*», avendo la disciplina in tema di assetti societari conferito al giudice «*un potere caratterizzato per l'ampio spettro di situazioni e per una discrezionalità singolarmente ampia*». Cfr., *Ibidem*, 34 s..

⁹⁹ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 13.

¹⁰⁰ Invero la cura degli assetti organizzativi non è considerata per alcuni autori una competenza attribuita *ex lege* e inderogabilmente ai soli organi delegati stessi. Tuttavia, sembra possibile, a parere di chi scrive, che per diversa previsione statutaria la funzione in parola venga affidata all'intero *plenum*.

*valutazione delle imprese»*¹⁰¹, che sono rappresentati, quanto alle “*dimensioni*” dell’impresa, dall’art. 2083 c.c. e, in riferimento alla sua “*natura*”, dall’art. 2195 c.c.

Così, in merito al criterio dimensionale, viene subito in rilievo la distinzione tra società quotate e non e, nell’ambito di queste, tra società aperte al mercato del capitale di rischio e società chiuse.

Sotto tale profilo, l’adeguatezza degli assetti implica l’obbligatoria (i) adozione di un sistema dei controlli interni¹⁰²; (ii) presenza del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari (art. 154-*bis* T.U.F.) e dell’*internal audit* (artt. 149, comma 1, lett. c, e 123-*bis*, comma 2, lett. b, T.U.F.); (iii) la previsione di strutture organizzative a presidio delle operazioni con parti correlate (art. 2391-*bis* c.c. e Reg. Consob 17221/2010); (iv) in ragione del tipo di attività esercitata e della sua dimensione, le funzioni di conformità (*compliance*), gestione del rischio (*risk management*) e sicurezza (*security*)¹⁰³.

Ed ancora, in merito al profilo dimensionale degli enti creditizi, rileva altresì (invero valutando assieme anche la natura dell’impresa esercitata) la differenza tra banche di rilevanza sistemica (significative) e banche di rilevanza non sistemica (non significative), sottoposte le prime alla vigilanza della Banca Centrale Europea, le

¹⁰¹ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, cit.*, 12.

¹⁰² Solo nelle società quotate, secondo la maggior parte della dottrina, sarebbe obbligatoria la predisposizione di un sistema di controllo interno. Così, in *adde* alla nt. 78, AMBROSINI-MONTALENTI, *L’amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in Abriani, Ambrosini, Cagnasso, Montalenti (a cura di), *Le società per azioni, cit.*, 616.

¹⁰³ Non a caso, è diffusa l’argomentazione per cui, nell’ambito delle società quotate, si ha a che fare con un reticolato di funzioni e presidi volti al monitoraggio continuo dell’attività sociale. Cfr. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010, 197 ss.; PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, *ivi*, 141 ss. IRRERA, *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 526 ss.

seconde a quelle dell’Autorità nazionale, con differenti ricadute sia sul piano della disciplina loro direttamente applicabile, sia sul piano dei poteri integrativi che le due Autorità, europea e municipale, possono disporre in riferimento alla predisposizione degli assetti interni agli enti creditizi (su cui, ampiamente, *infra*).

In relazione al diverso aspetto della natura dell’impresa esercitata ed, indirettamente, del tipo di attività svolta (*rectius*, oggetto sociale), le cennate funzioni di *compliance*, *security* e *risk management* costituiscono, per le società che operano in ambito bancario (oltre che in ambito finanziario e assicurativo), un vincolo organizzativo etero-imposto dalla relativa disciplina di settore, con la conseguenza, che in tale ambito, la discrezionalità lasciata agli amministratori sul *se e come* procedere alla costruzione degli assetti appare assai più limitata rispetto a quanto avviene nelle società di diritto comune.

E’ evidente, tuttavia, che i due criteri normativamente fissati si caratterizzano per una spiccata genericità contenutistica, sulla cui base i più hanno ravvisato il rischio di un eccesso di discrezionalità nell’attività del giudice in sede di concretizzazione del criterio di adeguatezza¹⁰⁴.

Ma, invero, tale approccio ben può comprendersi ponendo a mente l’applicabilità della norma a tutte le s.p.a., indifferentemente dal sistema di amministrazione prescelto: prescrivendo stringenti parametri di valutazione dell’adeguatezza, si sarebbe corso l’opposto rischio di un eccessivo irrigidimento e restringimento dei confini applicativi della norma testé citata, potendo, in ipotesi, parametri stringenti e contenuti tipizzati risultare non coerenti con la specifica

¹⁰⁴ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 38; DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 37.

realità d'impresa.

Si è così, a ragione, preferito intervenire con una norma di carattere generale, rinviando alle ulteriori e molteplici prescrizioni ordinamentali la specificazione dei criteri (dimensionali, sostanziali, e non solo) con cui valutare il grado di adeguatezza da perseguire in concreto¹⁰⁵. In tal senso, si procederà non solo enfatizzando il profilo dimensionale e l'attività caratteristica dell'impresa, di cui al suo specifico oggetto sociale, ma anche la natura dell'impresa esercitata, la quale, interferendo direttamente sull'oggetto sociale¹⁰⁶, vale ad integrare di contenuto i parametri normativamente rilevanti per la valutazione *de qua*.

Nello specifico, il rinvio è fatto non soltanto, come si specificherà nel proseguo, alla disciplina delle società di diritto speciale, ove è dato individuare una serie di norme specifiche che impongono generalizzati vincoli organizzativi di cui la società deve disporre per superare il vaglio di adeguatezza dei propri assetti (e per accedere, ancor prima, al mercato), ma anche a discipline di natura per così dire trasversale, applicabili sulla base dell'effettivo grado di esposizione al rischio.

In primo luogo, come si è già detto, a riempire di contenuto il criterio di adeguatezza soccorrono le prassi operative di buona gestione, di natura amministrativa e contabile, codificate in ambito aziendalistico e assunte a prassi dal mercato e dagli operatori professionali, nella convinzione che, in quel determinato momento

¹⁰⁵ Nell'introdurre la clausola generale dell'adeguatezza degli assetti il legislatore societario ha utilizzato la ben nota tecnica del "rinvio a" quattro distinte categorie, ovverosia alle regole di comune opinione, ai principi ed ai criteri delle scienze aziendalistiche, agli ordinamenti "altri" in senso proprio e ai criteri di condotta elaborati da associazioni di categoria e altri soggetti qualificati. Cfr. Meruzzi, *Rilievi parasistemati sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, in AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, Napoli, 2014, 485 ss..

¹⁰⁶ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 84 s.

storico, esse rappresentino le *best practices*¹⁰⁷, ossia le migliori regole “di buon governo” delle società.

Rilevano in tal senso le regole di condotta ed principi operativi elaborati dalle associazioni di categoria: quelle, più volte citate, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC), di cui alle Norme di comportamento del Collegio Sindacale¹⁰⁸ e la Guida operativa in tema di Attività di vigilanza del Collegio Sindacale¹⁰⁹ delle società non quotate nell’ambito dei controlli sull’assetto organizzativo, del maggio 2015, che forniscono autentica interpretazione alle Norme di comportamento, nonché l’attività svolta dall’Associazione dei Componenti degli Organismi di Vigilanza ex D.Lgs. 231/2001 (AODV231)¹¹⁰.

In particolare, la Guida citata prevede come obbligatorie una serie di attività di vigilanza che non si limitano a regolamentare il momento dell’identificazione di funzioni, compiti e linee di responsabilità, ma che prevedono un coinvolgimento diretto

¹⁰⁷ BUONOCUORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, cit.*, 30.

¹⁰⁸ Come visto, l’adeguatezza dell’assetto amministrativo è identificata dalle Norme di comportamento del Collegio Sindacale in “*una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell’oggetto sociale*» la quale presenti, «*in particolare, una separazione e contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni, una chiara definizione delle deleghe e dei poteri di ciascuna funzione, nonché una verifica costante, da parte di ogni responsabile, del lavoro svolto dai collaboratori*”. Di contro, l’assetto contabile è considerato adeguato se consente:

a) la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;

b) la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;

c) la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d’esercizio.

¹⁰⁹ Consultabili sul sito ufficiale del Consiglio Nazionale, all’indirizzo www.commercialisti.it, sezione Documenti, Studi e ricerche).

¹¹⁰ *Position papers* in tema di Requisiti e composizione dell’Organismo di Vigilanza (febbraio 2010) e su I flussi informativi (marzo 2012), consultabili su www.aodv231.it e l’Associazione Italiana *Internal Auditors* (AIIA), di cui, in part. i già citati *position papers* relativi all’Approccio integrato al sistema di controllo interno (2008 e 2009), disponibili su www.aiiaweb.it.

dell'organo di controllo anche nell'anteriore fase di assunzione delle decisioni gestorie, di verifica dell'adeguata competenza tecnica del personale della società e dell'adeguatezza dei sistemi di IT.

Non meno rilevante, ai fini del discorso che ci occupa, è il rinvio ai principi e criteri enucleati, quanto alle società quotate, dalle associazioni rappresentative di categoria, nei codici etici e di autodisciplina diffusi ormai, nel contesto dell'autoregolamentazione¹¹¹, a livello internazionale. Si fa riferimento, in particolare, al Codice di Autodisciplina attualmente vigente (Codice Capuano), ove vengono fissati, quanto al profilo dell'adeguatezza degli assetti, regole e principi operativi, pur sempre soggette al principio del *comply or explain*, relativi al sistema di controllo interno, alle sue funzioni ed alla predisposizione di una serie di comitati interni all'organo amministrativo.

Ed infine, il rinvio è alle norme dettate per il settore bancario¹¹² (anche alla luce dell'evoluzione sul tema imposta, come detto, dall'attuazione in Italia della CRD IV¹¹³), per il settore dell'intermediazione finanziaria e per il settore assicurativo¹¹⁴. Basti

¹¹¹ RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella Spa*, cit., 205; BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014, 182 ss.; MAUGERI, *Regole autodisciplinari e governo societario*, cit., 88 ss.. Ancora, cfr. ENRIQUES, *Codici di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari*, cit., 97. L'A., per il tramite del linguaggio metaforico, osserva che la legge non può che fornire soltanto la struttura ossea necessaria per la direzione e il controllo delle società di capitali, la muscolatura è invece costituita dall'autoregolamentazione.

¹¹² V. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 2, §3, nella parte relativa alle funzioni di revisione interna, conformità e controllo dei rischi.

¹¹³ LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in Di Cataldo (a cura di), *La governance delle società bancarie*, Milano, 2014, 63 ss.; D'AMBROSIO-PERASSI, *Il governo societario delle banche*, cit., 209 ss.; MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss..

¹¹⁴ In relazione agli intermediari finanziari v. invece il Reg. congiunto BI/Consob del 29 ottobre 2007, come aggiornato con l'Atto Banca d'Italia/Consob del 19 gennaio 2015, in part. artt. 12, 13 e 14, nonché il novellato art. 44 per l'applicazione in *subiecta materia* del principio di proporzionalità. Quanto invece alle società assicurative v. il Reg. ISVAP n. 20/2008, come modificato dal

qui anticipare, rimandando al successivo Capitolo una trattazione più compiuta sul tema, come, nell'ambito delle società bancarie, è obbligatorio prevedere specifiche funzioni di *compliance*, *internal audit* e *risk management*.

Orbene, tali discipline (in senso più o meno lato) di settore rappresentano un modello organizzativo, cui le società non quotate, aperte o chiuse, possono ispirarsi (ed invero, continuamente si ispirano) nella configurazione dei propri assetti e nell'individuazione del livello di adeguatezza ottimale a seconda del grado di complessità organizzativa e dell'attività in concreto svolta.

In ciò si trova conferma osservando la struttura organizzativa interna di molte società per azioni, che hanno, di fatto e pur sempre secondo il principio di proporzionalità¹¹⁵, adottato presidi organizzativi tipici delle società quotate e di diritto speciale, quali la funzione di *compliance*, di *risk management*, o, ancora (a voler ritenere non obbligatoria per ogni tipo sociale la sua predisposizione) anche un sistema di controllo interno.

2.3. (Segue) Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle società bancarie. Specificità di sistema e etero-conformazione della norma a contenuto aperto

Caratterizzato, come sopra visto, quale dovere a contenuto

Provvedimento IVASS n. 17 del 15 aprile 2014, in part. i novellati artt. 15, 15-*bis*, 21, 21-*bis*, 21-*ter* e 23.

¹¹⁵ Principio che rappresenta pur sempre una linea guida nella definizione in concreto degli assetti organizzativi e del criterio di adeguatezza. Cfr. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, cit., § 1, IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 369; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 14; per MAZZINI, *Nota alla Sentenza Cass. S.U. 19.12.2007 n. 26724*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2008, I, 726, il principio di proporzionalità rappresenta un «*criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio dell'interesse dei destinatari*».

generico, l'obbligo di dotare la società di idonei assetti interni finisce evidentemente per rappresentare un vincolo all'autonomia privata nell'esercizio dell'impresa, ulteriormente compressa in sede di concretizzazione operativa¹¹⁶ e giudiziale del criterio dell'adeguatezza, tramite l'enucleazione di doveri a contenuto specifico che, aggiungendosi a quelli normativamente previsti, per l'appunto, incidono direttamente sulla libertà di iniziativa economica, per quanto attiene specificatamente al *come* produrre¹¹⁷.

Come rilevato, la compressione della libertà di cui all'art. 41 Cost. in tanto può ritenersi legittima solo ove il vincolo sia funzionale alla salvaguardia di altri valori di uguale protezione costituzionale¹¹⁸. La definizione in concreto degli assetti organizzativi e del criterio di adeguatezza, sia da parte del legislatore secondario, sia da parte degli stessi operatori pratici sia infine (eventualmente) da parte del giudice, deve pur sempre avere quale criterio guida il rispetto del principio di proporzionalità¹¹⁹.

Così, nell'ambito delle società di diritto comune, il contemperamento che il legislatore direttamente opera tra i

¹¹⁶ Si veda, per quanto attiene alle società quotate, la nomina obbligatoria del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili (art. 154-*bis* T.U.F.), cui è demandato il compito di predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio ovvero ancora l'art. 149, comma 1 T.U.F., ove si prevede l'obbligatoria istituzione di un sistema di controllo interno e, nella normativa secondaria, i doveri imposti dal *Regolamento congiunto in materia di organizzazione e procedure degli intermediari che prestano servizi di investimento o di gestione collettiva del risparmio*, adottato dalla Banca di Italia e della Consob con Provvedimento del 29 ottobre 2007 (come modificato con Atti congiunti Banca d'Italia/Consob del 9 maggio 2012 e del 25 luglio 2010), tra cui, in particolare, l'obbligo di implementazione di tre funzioni aziendali di controllo: *compliance, risk management e internal audit*.

¹¹⁷ Anche sotto il profilo dell'eventuale riscontro giudiziale di conformità effettuato *ex post* dal giudice.

¹¹⁸ MERUZZI, *Riflessi parasistemici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, cit., 496 s. ID., *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 54.

¹¹⁹ Sul punto, ampiamente, IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori tra vecchie e nuove clausole generali*, cit., 369.

contrapposti interessi (da un lato, quello dei soci alla tutela del proprio investimento, dei creditori alla tutela del patrimonio sociale e dei terzi a non subire pregiudizi di diritti fondamentali in conflitto con la libertà di impresa e, dall'altro lato, quello della società alla tutela della propria libertà di iniziativa economica) si traduce in una conformazione minima del contenuto degli assetti, tramite l'introduzione - come visto - di una clausola a contenuto aperto, il cui "riempimento in concreto" è lasciato alla discrezionalità (ed alla responsabilità) pur sempre degli amministratori, salvo il successivo ed eventuale controllo, tendenzialmente solo di legalità, svolto in sede giudiziale.

E della bontà di tale *modus procedendi* non può certo dubitarsi, trattandosi pur sempre di interessi che attengono alla sfera individuale e che solo indirettamente, a mio parere, possono coinvolgere il contesto economico e sociale attorno cui ruota ogni ente societario¹²⁰.

Se così è nelle società di diritto comune, il quadro muta sensibilmente nell'ambito di quelle operanti nei settori speciali, ove nel bilanciamento tra contrapposti interessi ne vengono in considerazioni di altri, che finiscono per prevalere rispetto a quello tutelato dall'art. 41 Cost.

In tal modo è distintamente nel settore bancario, ove il rapporto

¹²⁰ Come efficacemente evidenziato da PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, op. cit., 49, nelle società di diritto comune le regole di governo sono rivolte a «risolvere i conflitti soci-amministratori o maggioranza-minoranza (c.d. *governance interna*, mentre quella esterna è esposta al controllo del mercato)». Conf. HOPT, *Better Governance of Financial Institution*, cit., 8, secondo cui «*differences may arise if there is a mandatory different orientation for the board of directors of a bank – namely, to manage the bank not only or primarily in the interest of the bank's shareholders, but evenly or even primarily in the interest of the debtholders. This is particularly true if the stakeholder/debtholder orientation is not a matter for the board to decide (as is usually the case under those corporate laws that follow the enlightened shareholder approach), but if bank regulation and supervision interfere in the internal life of the bank corporation by establishing mandatory standards for the quality of the board and the management, setting up requirements for the organization of the bank, and prescribing certain internal procedures*».

tra pubblici poteri e attività economiche si dimostra da sempre assai peculiare: qui, il legislatore interviene tramite una disciplina di dettaglio e con norme dal contenuto specifico che non solo obbligano i vari attori *a fare* qualcosa, ma che prescrivono in maniera cogente *come* quel qualcosa deve essere fatto¹²¹, secondo i canoni della sana e prudente gestione.

Di guisa che, nella disciplina dettata dal legislatore speciale in tema di assetti interni alle società bancarie si assiste, in luogo dell'autonoma conformazione tipica delle società di diritto comune, ad una "eteroconformazione" per via legislativa e regolamentare del loro contenuto ed all'introduzione di vincoli organizzativi e strutturali ritenuti più idonei al raggiungimento dell'interesse ordinamentale perseguito, sancito dall'art. 5 T.U.B.

Tale facoltà trova la propria fonte normativa nell'art. 53, comma 1, lett. d) T.U.B. che espressamente legittima la Banca di Italia ad esercitare una potestà regolamentare in due differenti direzioni: la prima è costituita dalle norme aventi ad oggetto "*il governo societario*" delle banche, la seconda dalle regole dettate in tema di "*organizzazione amministrativa e contabile, nonché [di] controlli interni*".

Orbene, fermo restando il carattere pur sempre imprenditoriale dell'attività svolta¹²², ciò trova giustificazione in ragione (i) delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria; (ii) degli interessi

¹²¹ FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario, I. Parte generale*, Torino, 2004, 1 ss.

¹²² La rilevanza pubblicistica che l'ormai abrogata legge bancaria del 1936 attribuiva all'attività bancaria, alla quale si associava il concetto di funzione di interesse pubblico, è stata definitivamente abbandonata con l'entrata in vigore del T.U.B., che, all'art. 10, comma 1, la definisce quale "*attività di impresa*". Sul passaggio dalla concezione delle banche quali enti-istituzioni incaricate di una pubblica funzione (cfr. art. 1 legge bancaria del 1936) a ente-impresa operante per il conseguimento di interessi privatistici, con il definitivo abbandono dell'idea che l'esercizio dell'attività bancaria costituisca «*pubblico servizio*», cfr. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 1 ss.

pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento.

L'attività bancaria, difatti, oltre a soddisfare gli interessi tipici dell'impresa in senso lato, per il suo spiccato rilievo dal punto di vista sociale, è caratterizzata da vincoli funzionali¹²³ al raggiungimento di una sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza.

Nel dettaglio, l'impresa bancaria spiega una duplice funzione: quella creditizia che vede la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito come momenti tra loro funzionalmente collegati e quella monetaria, che coinvolge il sistema dei pagamenti e che costituisce una alternativa alla moneta legale. L'attività di erogazione del credito è servizio essenziale per la collettività, siccome funzionale al «raggiungimento di una condizione di ottimale equilibrio economico»; allo stesso modo, «il finanziamento bancario assicura adeguato capitale all'attività di impresa e pone le basi per lo sviluppo virtuoso del mercato» e «l'attività di provvista, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma, afferisce direttamente al risparmio incoraggiato e tutelato in tutte le sue forme dalla Repubblica»¹²⁴.

Ed è proprio in tale ambiti operativi propri all'attività bancaria, quello del credito in particolare, che per la prima volta si è colto lo stretto rapporto tra inefficienza gestionale e *deficit* organizzativi e che l'adeguatezza delle strutture interne viene declinata come «coerenza e funzionalità della struttura e delle risorse rispetto agli obiettivi strategici»¹²⁵.

¹²³ FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, cit., 1 ss.

¹²⁴ SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *BBTC*, 2017, 2, 131.

¹²⁵ RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, cit., 38; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giur. comm.*, 5, 2016, 644 s., nonché in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 1024 ove altri riferimenti

In tal senso, assumendo a privilegiato angolo prospettico la natura dell'attività esercitata e gli interessi meta-individuali che vengono in rilievo, il legislatore speciale interviene direttamente a riempire di contenuto l'ampia formula di cui all'art. 2381, comma 5, c.c., imponendo dei requisiti minimi di adeguatezza che gli assetti interni ad ogni ente creditizio devono presentare sia per l'accesso al mercato, sia per continuare ad operare al suo interno: la sana e prudente gestione delle banche dipende da una «*condotta operativa improntata ai criteri di correttezza*», che può garantirsi solo «*coniugando nel tempo la profittabilità dell'impresa con un'assunzione dei rischi consapevole e compatibile con le condizioni economico-patrimoniali*»¹²⁶ tramite cioè un sistema in cui «*una organizzazione [la società] cura se stessa mediante un'ulteriore organizzazione*»¹²⁷.

In tal modo, ciò che nel settore di diritto comune rappresenta un obbligo la cui violazione rileva sul piano eventualmente risarcitorio, qui la violazione dell'obbligo di predisporre assetti interni conformi a quelli legislativamente dati diviene anche condizione di liceità dell'esercizio dell'attività bancaria¹²⁸.

In particolare, la violazione della disciplina speciale (tema su cui si rinvia al proseguo della trattazione e, specialmente, al Capitolo Terzo) comporterà:

- nella fase di preventiva valutazione delle condizioni per l'accesso al mercato, il rigetto da parte dell'Autorità di Vigilanza della

bibliografici e spunti interpretativi.

¹²⁶ MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 611.

¹²⁷ Cfr. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" - codici di autodisciplina)*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 694, che giungeva a tale riflessione analizzando la disciplina dettata in tema di responsabilità da reato degli enti.

¹²⁸ Cfr. MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 5.

relativa richiesta di autorizzazione;

- nella fase successiva all'accesso, conseguenze sul piano non solo risarcitorio, ma anche della validità di eventuali deliberazioni assembleari difformi per oggettivo contrasto con norme inderogabili¹²⁹, arrivando, nei casi più gravi, a determinare la revoca della concessa autorizzazione da parte dell'Autorità di settore nel caso specifico competente.

Come efficacemente sostenuto, in tale settore, «*il contratto non si limita a veicolare preferenze individuali, ma a favorire la realizzazione di valori sistemici*»¹³⁰, rappresentando la clausola della sana e prudente gestione principio fondante non solo la disciplina dell'autorizzazione all'ingresso nel mercato, ma l'intera regolamentazione¹³¹, siccome parametro utilizzato dalla Vigilanza per valutare, in generale, il sistema di governo societario ed, in particolare, la legittimità della struttura organizzativa interna.

Ovviamente, anche in tali settori speciali gli amministratori sono pur sempre chiamati all'esercizio del proprio dovere organizzativo, nei margini e nello spazio di discrezionalità insopprimibili a loro comunque garantiti. Ad orientare la condotta degli amministratori, cioè, soccorre il principio di proporzionalità¹³², sviluppato dalla

¹²⁹ IVI.

¹³⁰ SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale*, cit., 136, il quale, richiamando l'espressione di FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, Public and Private Enforcement, in *Dir. comm. int.*, 2008, 111 ss., qualifica gli interventi regolamentari degli ultimi anni in termini di «*nuovo diritto privato regolatorio*».

¹³¹ Cfr. NIGRO, *L'autorizzazione all'«attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in Morera, Nuzzo (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Roma, 1996, 73 s.

¹³² Si v. nt. 59. Tale principio, nel settore bancario, è stato da sempre evocato nelle varie Disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca di Italia. Da ultimo, nel Titolo III della Circolare 288, *Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*; ma si veda, quanto alla materia degli assetti, il Tit. V, Cap. 7, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, ove si sancisce che «*le banche applicano le disposizioni secondo il*

legislazione speciale proprio nell'ottica di consentire alle banche (a seconda della loro catalogazione dimensionale cui si è fatto cenno) di ottemperare alle prescrizioni cui sono soggette in modo congruente ed appropriato rispetto alle loro specificità¹³³.

Pertanto, il *board*, ferma restando l'obbligatoria predisposizione delle procedure e dei moduli organizzativi imposti d'imperio dal legislatore speciale, deve comunque valutare in via strategica le ulteriori esigenze via via da soddisfare per garantire la conduzione sana e prudente della specifica realtà societaria che ha il compito di amministrare¹³⁴.

Certo è che la vigilanza regolamentare interviene in maniera assai incisiva sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato bancario e finanziario, introducendo norme che non solo integrano il precetto generale, ma alle volte vi apportano anche significative deroghe, contribuendo ad alimentare il dibattito circa

principio di proporzionalità, cioè tenuto conto della dimensione e complessità operative, della natura dell'attività svolta, della tipologia dei servizi prestati", principio ulteriormente riaffermato anche dall'aggiornamento delle suddette Disposizioni del luglio del 2013.

¹³³ MOSCO, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi aziendali nella Mifid*, in De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009, 33, quanto al principio di proporzionalità, osserva come «*isolarlo da quello di adeguatezza sarebbe fuorviante, poiché ognuno dei due principi vale a misurare l'applicazione dell'altro*».

¹³⁴ Tale circostanza ha spinto DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche*, in NLCC, 3, 2015, 527, a ritenere che può comunque continuare a sostenersi che «*l'interesse sociale può solamente essere limitato, probabilmente oggi in misura maggiore di ieri, da istanze pubbliche*». Sul punto, si v. anche COSTI, *Relazione di sintesi, al convegno Assetti proprietari e «corporate governance» delle banche italiane*, in *Banca, impr. soc.*, 1998, 212 secondo cui «*le norme di vigilanza (...) proteggono interessi certamente diversi da quelli dei soci; introducono sicuramente limiti all'autonomia privata, statutaria e gestionale, sconosciuti al diritto comune, ma non modificano la nozione di interesse sociale, non impongono né agli amministratori né ai soci di perseguire gli interessi tutelati dalla disciplina speciale*». Per VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, cit., 5, «*proprio le banche stanno divenendo terreno di sperimentazione nella riscoperta di nuove declinazioni dell'interesse sociale, con immediate e dirette conseguenze sulla governance interna, che impongono di ripensare tradizionali categorie interpretative*».

l'effettiva tenuta di tale impostazione rispetto al principio di legalità e di gerarchia delle fonti (sul quale, si veda *infra*).

Ed infatti, venendo all'esame dei principali profili di specialità delle regole di governo societario delle banche, qui è:

- imposta come obbligatoria la predisposizione di un Sistema di Controllo Interno e dell'organo delegato o dei comitati interni nelle banche di media e grande dimensione, siccome ritenuti strutture necessarie ad un assetto reputabile adeguato ed a consentire all'impresa bancaria lo svolgimento della propria attività secondo i canoni della sana e prudente gestione;

- fatto divieto di optare per un sistema di amministrazione monocratico;

- fatto ulteriore divieto per il presidente del Consiglio di Sorveglianza di partecipare alle riunioni del Consiglio di Gestione nel sistema dualistico.

Ma vi è di più.

Su un piano più generale, si registra un sensibile ampliamento dei compiti espressamente riservati all'organo con funzione di supervisione strategica, definito dalla Disposizioni di Vigilanza del 2013, come quello in cui si concentrano le funzioni di indirizzo e/o di supervisione della gestione¹³⁵ anche dei rischi e delle scelte strategiche dell'ente. In particolare, è questo organo che deve necessariamente presiedere alla supervisione degli assetti organizzativi e del funzionamento della società (approvando collegialmente l'assetto organizzativo della banca, i sistemi contabili e

¹³⁵ Mentre nell'ambito del sistema tradizionale monistico non vi sono dubbi sulla qualificazione del Consiglio di Amministrazione come organo con funzione di supervisione strategica, in quello dualistico sarà necessario verificare le eventuali scelte compiute in seno allo statuto. Così, in particolare, ove sia stato fatto ricorso alla facoltà prevista dall'art. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. *f-bis*, sarà evidentemente il Consiglio di Sorveglianza ad assommare le funzioni di controllo e di supervisione strategica. Cfr. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. I, §§1, 2.

di rendicontazione e supervisionando gli scambi informativi con il pubblico e interno, su cui meglio *infra*).

E ciò per l'idea di fondo che il sano e prudente governo dell'impresa bancaria possa raggiungersi solo tramite una coerente e compatta assunzione delle scelte strategiche: queste, presupponendo la valutazione - in via preventiva - del concreto grado di rischio assumibile e della capacità della struttura organizzativa di monitorarlo, devono essere assunte in sede collegiale¹³⁶, per il tramite di soggetti non direttamente coinvolti nella gestione dell'ente, obbligatoriamente presenti all'interno dell'organo di supervisione strategica.

Proprio al fine di potenziare le capacità strategiche delle strutture di governo, le novellate Disposizioni di Vigilanza intervengono anche sul piano degli assetti organizzativi statuari¹³⁷, dettando regole precise con riguardo al procedimento di nomina ed alla composizione, non solo quantitativa¹³⁸, ma anche qualitativa degli organi sociali.

In primo luogo, le Disposizioni di vigilanza del 2013, nel 15° aggiornamento del 2 luglio 2015, fissano, al Titolo V, cap. 7, un

¹³⁶ Su cui ampliamenti GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance bancaria*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2, 2017, 255 ss. secondo cui (in part. a pagina 259) «il maggiore spazio riservato alla collegialità mi sembra si spieghi, infatti, razionalmente appunto se si tiene conto che nell'ambito dell'attività bancaria è più ampio il nucleo degli interessi la cui considerazione non solo è possibile ma è doverosa da parte degli amministratori, sicché non solo maggiori sono le esigenze di ponderazione che la collegialità assolve ma esse si pongono tipicamente già nella definizione delle strategie generali di esercizio dell'attività».

¹³⁷ Come attentamente rilevato da MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 9 ss., la distinzione tra organi sociali ed organizzazione aziendale interna finisce spesso per intrecciarsi, sino a sfumare completamente, secondo una tendenza in atto anche nel diritto comune, seppur lì per via essenzialmente autoregolamentare.

¹³⁸ Anche in tal caso, avendo quale criterio guida il principio di proporzionalità. Cfr. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. I, Sez. I, §1, ove si richiede che il numero dei componenti degli organi sociali “sia adeguato alle dimensioni e alla complessità dell'assetto organizzativo della banca al fine di presidiare efficacemente l'intera operatività aziendale”.

assetto standard¹³⁹, in cui sono previste la figura apicale del direttore generale, vero e proprio organo di gestione della banca¹⁴⁰ e tre articolazioni interne rappresentate dalla funzione di controllo dei rischi (*risk management*), dalla funzione di controllo interno (*internal audit*) e dalla funzione di conformità delle norme (*compliance*).

Dall'altro lato, alla luce delle carenze messe in luce dalla crisi finanziaria¹⁴¹ in relazione alla capacità delle strutture di governo di fissare *ex ante*, nel rispetto del canone della prudente gestione¹⁴², precisi ed idonei limiti ai livelli di rischio assumibili¹⁴³, la Banca di Italia ha espressamente previsto che all'interno dell'organo con

¹³⁹ Così definito da MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 9.

¹⁴⁰ Nelle banche di minori dimensioni, il direttore generale è, in realtà, l'unico organo di gestione della società, mentre l'intero c.d.a. assume in tal caso la veste di organo di supervisione strategica.

¹⁴¹ Invero, la dottrina internazionale non è concorde nell'individuare nella carenza della regolamentazione in tema di *governance* bancaria la reale causa del dissesto, ritenendo che i motivi siano da ricercare in altri fattori, tra cui i meccanismi di remunerazione degli amministratori e dei dirigenti e nelle inefficienze dei controlli pubblici, oltre che nello scarso livello di *compliance* delle funzioni di controllo aziendale. Tra i tanti, v. HOPT, *Better Governance of Financial Institution*, cit., 1 s..

¹⁴² Che non è aprioristicamente da considerarsi quale gestione avversa al rischio. V. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.*, 2008, 365, per il quale, molto spesso, iniziative ed operazioni che «*sembravano ammantate di cautele nel momento in cui si assunsero si rivelavano successivamente azzardate per difetto (o per eccesso) di prudenza allo stesso modo in cui iniziative ritenute rischiose, si rivelavano in proseguito avvedute in ragione dei buoni risultati conseguiti*». Analogamente, SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale*, cit., 140 s., secondo cui una gestione può dirsi prudente quando «*l'organizzazione sia idonea a identificare, prevedere e monitorare il rischio nello svolgimento delle diverse attività*». Per LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, cit., 707, il principio della sana e prudente gestione dovrebbe comportare come corollario quello di una vera e propria «*avversione al rischio*». Tuttavia, tal impostazione non pare condivisibile, dovendosi invece convenire con quanti sostengono che la gestione dei rischi debba essere di tipo proattivo e non difensivo (cfr. COMANA, *Governance bancaria o governance dei rischi: sinonimi o complementi?*, in *Banche e banchieri*, 2014, 304 s.).

¹⁴³ In ossequio al carattere necessariamente prudente della gestione. Cfr. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di organo con funzioni di supervisione strategica*, cit., 485, secondo cui tra i fattori che hanno causato la situazione di crisi va annoverata la scarsa capacità «*mostrata dalle regole concernenti il funzionamento degli organi sociali*».

funzione di supervisione strategica e gestione siano presenti soggetti “*pienamente consapevoli dei poteri e degli obblighi inerenti alle funzioni che ciascuno di essi è chiamato a svolgere*» (*corporate culture*) «*dotati di professionalità adeguate al ruolo da ricoprire [...] che dedichino tempo e risorse adeguate alla complessità del loro incarico*”.

Incombe, pertanto, sull'organo con funzioni di supervisione strategica, *ex ante*, l'obbligo di selezionare componenti che assicurino una composizione qualitativa efficiente ed idonea alla più corretta esecuzione dei ruoli e delle funzioni dei vari organi (comitato nomine, consiglio, assemblea, etc.), ed *ex post*, quello di monitorare durante tutto il periodo di carica l'effettiva permanenza dei requisiti in capo alle varie componenti, oltre che l'adeguata diversificazione interna per professionalità e genere¹⁴⁴.

Particolare attenzione viene posta, come detto, sugli amministratori non esecutivi e indipendenti, anche tramite la previsione dell'obbligo, per le sole banche di maggiori dimensioni, di costituire all'interno dell'organo amministrativo comitati endo-consiliari, composti da tre/cinque amministratori tutti non esecutivi e per la maggioranza indipendenti (*id est*, comitato nomine, rischi e remunerazioni)¹⁴⁵.

Pertanto, nelle società bancarie, il grado di adeguatezza dell'assetto amministrativo interno dipenderà in maniera assai più spiccata di quanto non avviene nelle società di diritto comune, dal grado di professionalità e competenza dei titolari delle diverse funzioni aziendali¹⁴⁶. Mentre in quest'ultime i compiti ed i ruoli

¹⁴⁴ Si fa riferimento al processo di autovalutazione cui sono chiamati con cadenza almeno annuale tutti gli organi sociali, come previsto dalla Circ. n. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. VI, §§1 e ss.

¹⁴⁵ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. I, Sez. IV, §2.3.

¹⁴⁶ In tal senso, illuminanti appaiono le parole di MORBIDELLI, *Le modifiche*

relativi agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili vengono generalmente ripartiti tra organo che cura, che valuta e che vigila, qui invece la normativa regolamentare seleziona d'imperio una nutrita serie di funzioni che devono necessariamente essere attribuiti all'organo di supervisione strategica, nella sua interezza.

Così è, si è già detto, per l'organo chiamato a "curare" la predisposizione di adeguati assetti. Mentre nelle s.p.a. di diritto comune tale compito spetta, secondo quanto previsto dal più volte citato comma 5 dell'art. 2381 c.c., all'organo delegato e solo eventualmente al *plenum* consiliare, cui residua "unicamente" il compito di valutare l'adeguatezza, nell'ambito delle s.p.a. bancarie, invece, si assiste ad una insolita espansione delle competenze attribuite all'organo collegiale, che non sarà chiamato soltanto ad una successiva mera opera di valutazione.

Le Disposizioni di Vigilanza del 2013, infatti, impongono al consiglio, quale organo con funzione di supervisione strategica, di "approvare" *"l'assetto organizzativo e di governo societario della banca"* nonché *"i sistemi contabili e di rendicontazione"* *"assicurando un efficace confronto dialettico con la funzione di gestione e [...] e con i responsabili delle principali funzioni aziendali e verificare nel tempo le scelte e le decisioni da questi assunte"*¹⁴⁷.

E' evidente pertanto la diversità di approccio del legislatore speciale che introduce una regola che incide in via diretta sul complessivo assetto dei rapporti tra amministrazione delegata e Consiglio come fissati nel codice civile, disvelando la volontà di rafforzare le prerogative collegiali del c.d.a. delle banche e confermando, così, una tendenza in atto già dal 2006.

statutarie e le norme regolamentari interne, in *Il risparmio review*, 2009, I, 76, secondo cui il buon governo delle imprese bancarie può ottenersi soltanto tramite un «*buon governo degli uomini*».

¹⁴⁷ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap.1, Sez. III, §2.2., lett. a.

Si fa riferimento alla Circolare 263/2006 che aveva attribuito all'organo con funzione di supervisione strategica il compito di curare la predisposizione del sistema di controllo interno, individuando le funzioni aziendali di controllo, nonché di *definire ed approvare* gli indirizzi strategici della banca, tra cui il *risk appetite* e le politiche di governo dei rischi, nonché il modello di *business*¹⁴⁸, in deroga a quanto previsto dall'art. 2381, comma 3, c.c., in base al quale il Consiglio si limita ad esaminare i piani strategici elaborati dall'amministratore delegato.

Tale vistoso ampliamento delle funzioni del *plenum* consiliare, la cui *ratio* va individuata nelle risultanze del dibattito maturato a livello internazionale dopo la crisi finanziaria circa la necessità di non affidare esclusivamente alla funzione delegata la definizione delle strategie e degli assetti interni, ha chiare ricadute anche sul piano, speculare, dei soggetti eventualmente responsabili in via diretta per "*l'inadeguatezza dell'assetto*" che, nell'ambito delle s.p.a. bancarie (organizzate con il modello tradizionale) si dilata sino a ricomprendere tutte le componenti del c.d.a., ed, in particolare, quelle "non esecutive".

Su di essi grava il compito di stimolare la dialettica e lo scambio di informazioni con gli amministratori delegati, assicurando l'assunzione di decisioni frutto di confronto effettivo e, in generale, uno stringente obbligo di agire in maniera informata.

Tale dovere, difatti, assume connotati molto più specifici di quello incombente ex art 2381, comma 6, c.c., con evidente deviazione dalle regole di responsabilità generalmente ritenuti applicabili agli amministratori non delegati delle s.p.a. comuni (su cui, si rinvia al Capitolo Terzo).

E' noto che, nell'ambito del sistema di regole codicistiche, il

¹⁴⁸ Disposizioni di Vigilanza del 2006, Tit. I, Cap. 1, 27 s.

generale obbligo di agire informati è parametrato, dalla maggioritaria dottrina e dalla giurisprudenza, all'effettiva possibilità che le componenti non operative hanno di procurarsi le informazioni di volta in volta necessarie.

In tal senso, i non esecutivi possono ottenere notizie sull'andamento della gestione sociale solo per il tramite dell'amministratore delegato, che è obbligato a riferire al *plenum* consiliare, essendo questa l'unica sede legittimata alla raccolta del ragguaglio informativo sollecitato, nonché a soddisfare le specifiche richieste di informazioni rivolte dagli altri amministratori. E solo nel caso in cui le informazioni fornite dagli organi delegati apparissero illogiche, immotivate o insufficienti ovvero ancora influenzate da conflitti di interesse, sarà possibile (meglio, obbligatorio) per gli amministratori deleganti richiedere al Consiglio nella sua interezza ulteriori indagini o una specifica attività di accertamento, se vi è motivo di ritenere che l'interesse sociale possa essere compromesso¹⁴⁹.

Così, l'amministratore non esecutivo non potrà essere chiamato a rispondere in giudizio per aver omesso di agire in modo informato qualora provi che l'omissione sia dipesa dalla condotta ostruzionistica dell'amministratore delegato ovvero che non vi fossero circostanze che lo spingessero a dubitare, con la dovuta diligenza, della completezza o dell'attendibilità delle informazioni ricevute¹⁵⁰.

Nell'ambito bancario, invece, viene specificamente imposto agli amministratori non esecutivi il dovere di "*acquire informazioni*" sia

¹⁴⁹ DE NICOLA, *sub art. 2381 - Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, in Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari (a cura di), *Commentario alla Riforma delle società*, Milano, 2005, 127 s.

¹⁵⁰ ABADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 503 ss.; ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Milano, 2005, 326 ss.. In giurisprudenza, da ultimo, Cass., 3 maggio 2016, n. 8730, in conteziobancario.it.

per il tramite dei comitati interni, sia direttamente “*dal management, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo*”¹⁵¹.

Di guisa che, nei giudizi aventi ad oggetto la loro pretesa responsabilità omissiva, non sembra esserci spazio per l'allegazione esimente dell'inadempimento degli amministratori delegati ai propri obblighi informativi nei riguardi dei componenti del consiglio¹⁵², nei termini e nelle modalità su descritte.

D'altronde ciò ben si spiega enfatizzando il ruolo riconosciuto a questi ultimi nell'ambito della *governance* societaria: essendo chiamati a partecipare attivamente all'assunzione delle strategie gestionali in seno al Consiglio ai fini della sana e prudente gestione dell'ente, costoro devono poter, preliminarmente, esercitare un monitoraggio continuo, diretto e pervasivo sulle scelte attuate dai delegati.

Se a ciò si aggiunge che gli stessi comitati interni, tra cui in particolare quello rischi, devono obbligatoriamente essere composti, come detto, da amministratori non esecutivi ed in massima parte indipendenti, non pare potersi smentire l'affermazione per cui tali amministratori contribuiscono, molto più di quanto avviene nelle società di diritto comune, alla realizzazione di un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca ed, in definitiva, all'implementazione di una ottimale *governance* interna¹⁵³.

Un'ulteriore vistosa deroga ai principi societari di diritto comune si registra con riguardo al Consiglio di Sorveglianza delle s.p.a.

¹⁵¹ Circ., 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Sez. IV, Cap.1, §2.2., lett. a, Punto 1.

¹⁵² FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di organo con funzioni di supervisione strategica*, cit., 496 s..

¹⁵³ Ad avviso di CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla Corporate Governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impr. soc.*, 2015, 24 ss., il ruolo fondamentale attribuito al comitato rischi potrebbe produrre un accrescimento del grado di responsabilità dei non esecutivi, anche senza un reale coinvolgimento degli stessi.

bancarie con sistema dualistico, nel caso di esercizio dell'opzione di cui all'art. 2409-terdecies, lett.f, c.c., che sarà chiamato a decidere su materie che sono tradizionalmente rimesse alla competenza del Consiglio di Gestione, tra cui, per quanto qui interessa, quelle relative agli assetti interni, alterando nei fatti i connotati tipologici propri di tale sistema di gestione, ove è pacificamente riconosciuto in dottrina che il coinvolgimento del Consiglio di Sorveglianza nell'alta amministrazione non possa in ogni caso consentire di modificare le linee strategiche proprie del Consiglio di Gestione ¹⁵⁴.

Si fa riferimento alle norme¹⁵⁵ che impongono l'approvazione da parte dell'organo con funzione di supervisione strategica¹⁵⁶ del progetto di governo societario, documento contenente, tra l'altro, la

¹⁵⁴ LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abadessa, cit., 1094.; MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *BBTC*, 2208, 697 ss.; CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in Abriani-Cariello (a cura di), *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Torino, 2012, 372 ss. Per PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit. 56, la normativa di fonte bancaria ha nei fatti realizzato una completa inversione dei ruoli.

¹⁵⁵ Circ. n. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. I, Sez. II, §§1-2.

¹⁵⁶ Per LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in Di Cataldo (a cura di), *La governance delle società bancarie*, cit., 67, (seppur con riferimento a quanto prescritto dalle precedenti Disposizioni di Vigilanza del 2008), tale documento dovrebbe essere approvato dall'assemblea, in linea con la competenza in materia di modifiche statutarie accordata a tale organo. *Contra*, MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 8, nt. 26, secondo cui la scelta di rimettere l'approvazione del progetto di governo societario all'organo di supervisione appare coerente con le finalità prevalentemente illustrative di tale documento. Non è neppure condivisibile, a parere di chi scrive, la tesi di MINTO, *Il progetto di governo societario delle banche*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, cit., 664 secondo cui il progetto di governo societario dovrebbe essere predisposto dall'organo di gestione, in analogia a quanto previsto dall'art. 2381 c.c., in base al quale i piani strategici devono essere elaborati dall'amministratore delegato. Tuttavia, come visto (cfr. p. 59), la Circolare 263/2006 già aveva attribuito all'organo con funzione di supervisione strategica il compito di "definire ed approvare" gli indirizzi strategici della banca, nonché il modello di *business*, in deroga a quanto previsto dall'art. 2381, comma 3, c.c.. Pertanto, sembra più corretto, anche alla luce della deroga testé citata, che sia proprio l'organo con funzione di supervisione strategica a predisporre, discutere ed approvare tale documento.

descrizione delle scelte attinenti alla struttura organizzativa della società, la loro motivazione, nonché le modalità di raccordo tra gli organi e le funzioni, con specifica attenzione ai profili relativi al sistema dei controlli. La sottoposizione dello stesso all'approvazione del Consiglio di Sorveglianza depone chiaramente nel senso del potenziale coinvolgimento di quest'ultimo nella programmazione degli assetti interni della società¹⁵⁷.

Ciò incide sul piano della responsabilità dei vari organi sociali e sull'effettiva portata applicativa dell'art. 2409-terdecies, lett. f-bis c.c. che stabilisce che, anche a fronte di eventuali decisioni del Consiglio di Sorveglianza nelle materie attribuite in via statutaria alla sua competenza, resta *“ferma in ogni caso la responsabilità [del consiglio di gestione] per gli atti compiuti”*.

Orbene, è evidente che dinnanzi all'estensione quantitativa e qualitativa delle competenze del Consiglio di Sorveglianza nell'alta amministrazione, in uno con il rilevante restringimento del ruolo che in tale ambito il Consiglio di Gestione è chiamato a svolgere, l'applicazione della norma da ultimo citata finirebbe per determinare in capo ai componenti del Consiglio di Gestione una sorta di inammissibile responsabilità oggettiva.

Ancora, una delle regole maggiormente criticate (e che trova giustificazione nel diffuso convincimento secondo cui una delle principali cause della recente crisi è rappresentata dallo strapotere dei

¹⁵⁷ GARILLI, *I controlli interni nelle società per azioni con sistema dualistico. Riflessioni su alcuni profili di potenziale efficienza di un modello “in disuso”*, in *Cont. Impr.*, 6, 2015, 1455, nt. 21, secondo cui *«per il tramite di tali attribuzioni, il consiglio di sorveglianza viene così a svolgere un tipo di controllo per più versi assimilabile a quello dell'organo di vertice del sistema dei cd. controlli interni (e cioè il plenum del consiglio di amministrazione), concretizzantesi in un continuo dialogo con il consiglio di gestione volto alla condivisione delle linee strategiche, all'individuazione e monitoraggio dei principali rischi, alla corretta individuazione ed implementazione delle procedure di controllo interno, nonché all'opportunità e correttezza delle operazioni più significative per la società»*.

CEO¹⁵⁸) è quella prevista all'art. 88, par. 1, lett. e) CRD IV, recepita anche nelle Disposizioni di Vigilanza del 2013¹⁵⁹ che vieta al presidente dell'organo di supervisione strategica (nel sistema tradizionale, al presidente del c.d.a.) di ricevere deleghe gestorie, di partecipare al comitato di controllo interno, di svolgere, anche solo di fatto, funzioni gestionali e di partecipare con diritto di voto al comitato esecutivo¹⁶⁰.

In tal modo tracciandosi una ulteriore netta cesura rispetto all'ordinamento delle s.p.a. di diritto comune ove non di rado i ruoli del presidente del c.d.a. e dell'amministratore delegato coincidono, grazie all'ampia autonomia statutaria lasciata alla società sul punto.

Tale norma, si diceva, è stata contestata da più parti¹⁶¹ per il rischio di insorgenza di vistosi conflitti tra organo delegato e presidente, oltre che di incertezza per i terzi sugli effettivi assetti di potere interni, ma soprattutto per il pericolo che i flussi informativi dall'organo delegato al Consiglio siano rallentati dalla presenza di un presidente non esecutivo, finendo per limitare eccessivamente la

¹⁵⁸ HOPT, *Better Governance of Financial Institution*, cit., 29.

¹⁵⁹ Circ. n. 285/2013, Parte Prima, Tit. I, Cap.1, Sez. IV, §2.3.1. lett. d, 237 e Tit. I, Sez. V, Cap. I, §2.1., 24.

¹⁶⁰ DE PRA, *op.cit.*, 602 s.; CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Riv. soc.*, 2015, 950, per il quale vi è una oggettiva compressione dei poteri del presidente «poco logica in termini di partecipazione piena ad un collegio (e altresì di una correlata responsabilità), di più con il rischio di situazioni ambigue ed opache» e ciò poiché, al contrario «un presidente autorevole e presente nella vita gestionale della banca parrebbe, altresì, coerente al fondamentale e prudente principio dei “quattro occhi”»; ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, ivi, 2014, 1308 ss. ; IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in Id., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, cit., 673 s..

¹⁶¹ SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza*, in Abadessa e Cesarini (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009, 45; CERA E PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia «Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche»*, in AGE, 2007, 607; PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in Di Cataldo (a cura di), *La governance delle società bancarie*, cit., 29.

libertà organizzativa delle singole società bancarie nella predisposizione di tali assetti e la possibilità di modellarli in ragione delle concrete professionalità di cui essa dispone.

Epperò, la separazione di competenze delineata dalle più volte citate Disposizioni sembra idonea, in astratto, a permettere una effettiva autonomia delle funzioni, che rappresenta uno dei principali obiettivi della regolazione. Inoltre, in tal modo viene maggiormente tutelata l'autonomia dell'organo delegato e si scongiura il rischio che il suo operato venga nei fatti influenzato dalle determinazioni del presidente, nella totalità dei casi legato direttamente ai soci di controllo¹⁶².

Quanto al rischio di una eccessiva limitazione degli spazi di autonomia concessi alla società, con conseguente irrigidimento ed astrazione delle opzioni organizzative interne, la normativa prevede comunque la possibilità, previa autorizzazione dell'Autorità di Vigilanza, di operare deleghe occasionali e specifiche al presidente, sulla base di motivate esigenze del singolo ente.

Nell'ottica di facilitare la *disclosure* e la trasparenza degli assetti interni delle banche va letta e correttamente enfatizzata, a parere di chi scrive, l'ulteriore specificità imposta dalla normativa di settore in tema di predisposizione e successiva pubblicizzazione del succitato progetto di governo societario.

All'interno di tale documento non devono soltanto essere specificate le motivazioni che hanno condotto l'ente alla scelta del modello di amministrazione e controllo da adottare (tramite una scelta che valuti *ex ante* quello che, a seconda del caso concreto, meglio

¹⁶² Nel senso indicato nel testo, BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, in *bancaditalia.it* (26 marzo 2014), 14 e MASSA FELSANI, «Interferenze» del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 889 ss.. *Contra*, DE PRA, *op.cit.*, 606 s..

assicura l'efficienza nella gestione e l'efficacia dei controlli¹⁶³) ma anche le regole statutarie e di organizzazione interna che vengono assunte dalla società quali basi del funzionamento dell'impresa e del *decision-making process*.

In particolare, viene richiesto di specificare ed illustrare le scelte compiute in tema di compiti, poteri e composizione degli organi aziendali; sistema di deleghe; regime del controllo contabile; sistemi di incentivazione e remunerazione; flussi informativi; diritti degli azionisti e modalità di gestione dei conflitti di interesse.

Tali scelte, che, come detto, non sono completamente rimesse alla discrezionalità degli amministratori, devono poi ulteriormente essere giustificate dinnanzi alle competenti autorità di settore: si prevede infatti che tale progetto di governo societario deve essere inviato alla BCE o alla BI nella fase di costituzione della banca, contestualmente alla relativa richiesta di autorizzazione oltre che in tutti i casi di modifica del sistema di amministrazione e controllo, unitamente alla richiesta di accertamento *ex art. 56 T.U.B.*

Orbene, le su evidenziate regole “speciali” non si limitano a incidere sulle strutture organizzative dell'impresa, ma si spingono sino a disciplinarne in dettaglio atti ed attività sia integrando, sia (altre volte) derogando il sistema codicistico, facendo così emergere, nella letteratura giuridica, una serie di interrogativi circa il rapporto tra diritto societario generale e diritto bancario (in particolare, con le regole in tema di governo societario in senso ampio), anche sul piano, si è già anticipato, della gerarchia delle fonti e del rispetto del principio di legalità.

Sulla base dell'art. 53, comma 1, lett. d e 67, comma 1, lett. d T.U.B., si è nei fatti determinata una rilevante attrazione del potere di normazione primaria alle Autorità di Vigilanza, che incide

¹⁶³ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. I, Sez. II, §1.

profondamente sull'impianto codicistico, esautorando, nei fatti, il potere di legislazione primaria a livello nazionale. In tal senso, il compito delle Autorità pubbliche si è ormai dilatato sino a ricomprendere anche la supervisione c.d. burocratica, cioè la supervisione sulla gestione¹⁶⁴.

Viene così in rilievo il tema di vertice, circa il potere normativo della Banca di Italia quale Autorità di Vigilanza, tema già in effetti emerso nella sua problematicità anche nel vigore della disciplina di cui alla Disposizioni di Vigilanza del 2008¹⁶⁵. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo intervento regolamentare, le Disposizioni di Vigilanza del 2013 trovano ora diretto fondamento nelle regole introdotte a livello europeo dalla CRD IV, delle quali formalmente costituiscono attuazione¹⁶⁶.

In secondo luogo, la stessa direttiva comunitaria prevede un'implementazione per così dire minimale, permettendo agli Stati membri di introdurre ulteriori precetti in tema di governo societario, legittimando, in tal modo, sul piano della gerarchia delle fonti, anche quelle norme e prescrizioni regolamentari di Banca di Italia che vanno al di là delle norme contenute nella CRD IV¹⁶⁷.

Inoltre, come sostenuto, il ricorso all'art. 53 T.U.B. consente il rispetto del principio della riserva di legge, in ragione della modifica sopravvenuta al D.Lgs. 217/2012 che ha definitivamente confermato il pieno potere per CICR e Banca d'Italia di emanazione di disposizioni

¹⁶⁴ Sull'evoluzione della supervisione delle Autorità di settore da mero controllo di trasparenza a controllo sulla gestione, MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Riv. Soc.*, 2016, 33 ss. Nel senso indicato nel testo, MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, cit., 12.

¹⁶⁵ COTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 1270 s.; CARIELLO, *op.cit.*, 103.

¹⁶⁶ FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance*, cit., 68 s.

¹⁶⁷ ID., *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in tema di organo con funzioni di supervisione strategica*, cit., 493. Critico, PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit., 60.

generali in materia di *governance* societaria in senso proprio¹⁶⁸.

Altrettanto legittime sul piano delle fonti appaiono le numerose deroghe contenute nella normativa dettata da Banca d'Italia al sistema del codice civile, considerato che l'intervento europeo (cui, come detto, la potestà normativa di Banca di Italia trova fondamento), ha come dichiarato fine proprio quello di armonizzare i differenti diritti societari nei paesi aderenti all'Unione¹⁶⁹, inidonei ad assicurare un quadro adeguato ed omogeneo di *governance* per le banche. Di guisa che il potere di imporre deroghe al diritto societario comune si giustifica nella *ratio legis* al fine di assicurare assetti effettivamente omogenei, siccome ritenuti funzionali alla stabilità dell'intero mercato europeo.

Infine, la possibilità per l'ordinamento creditizio di agire sostanzialmente sull'autonomia statutaria dei soci, circoscrivendone la possibilità e le modalità di esercizio, così come l'inserimento all'interno dello statuto di revisioni non già frutto di un libero accordo tra i soci, ma indotte da fonte eteronoma, trova la sua base normativa nel più volte citato art. 53, comma 1, lett. d) T.U.B, che invero ha una doppia portata applicativa.

Ed infatti tale norma legittima la Banca di Italia all'esercizio di una potestà regolamentare avente ad oggetto non solo "*l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni*" (materia riguardante espressamente i doveri incombenti sugli amministratori), ma anche in generale "*il governo societario*" delle banche, permettendo così alla vigilanza regolamentare di emanare norme cogenti e imperative anche in un ambito di espressa competenza dell'assemblea dei soci.

¹⁶⁸ D'AMBROSIO-PERASSI, *op.cit.*, 226.

¹⁶⁹ MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, *cit.*, 6; CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, *cit.*, 1.

D'altro canto, così come compete agli amministratori il compito di predisporre un assetto interno adeguato alla sana e prudente gestione della banca, allo stesso modo anche i soci sono chiamati a determinare regole di governo che *“oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione”*.

Come efficacemente evidenziato, invece, nelle società di diritto comune *«non esiste una previsione che esplicitamente impone ai soci di espletare il proprio compito organizzativo secondo tratti qualitativi, a meno di non ritenere che ciò sia deducibile, implicitamente, da altri principi civilistici generali»¹⁷⁰*.

Al contrario, nel settore bancario, il buon governo dell'impresa non andrà inteso soltanto come gestione finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse sociale e, indirettamente, dei singoli soci, ma altresì come governo che sia in grado di assicurare il perseguimento degli obiettivi di sana e prudente gestione ed, indirettamente, di stabilità dell'intero sistema creditizio: il principio di adeguatezza, quindi, finisce qui per permeare anche l'attività organizzativa dei gestori, cui compete, per l'appunto, il compito di determinare sistemi di governo della società funzionali al raggiungimento degli obiettivi prudenziali.

¹⁷⁰ Cfr. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 647.

CAPITOLO SECONDO

IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI NELLE BANCHE

1. Il controllo nelle imprese bancarie

Come visto, l'ordinamento creditizio istituzionalizza il Sistema dei Controlli Interni (di seguito, anche SCI), individuando in esso una componente indispensabile ad un assetto reputabile adeguato allo svolgimento dell'attività bancaria in ossequio ai canoni della sana e prudente gestione¹⁷¹.

In base alla considerazione generale secondo cui il tema dell'amministrazione è imprescindibilmente legato alla materia del controllo interno, può affermarsi che la predisposizione di assetti adeguati ha quale precipua funzione quella di guidare l'attività amministrativa già nelle fasi iniziali del c.d. processo di *decision making*.

L'implementazione del Sistema di Controllo Interno si colloca insomma a monte dell'esercizio dell'impresa e si atteggia quale garanzia del rispetto del principio di corretta amministrazione, siccome fattispecie preordinata ad assistere e sostenere l'attività di gestione¹⁷².

Nello specifico, esso fornisce supporto nell'espletamento del dovere di condurre l'impresa sociale secondo un canone di diligenza adeguato, così da salvaguardarne gli *assets*, oltre che in modo corretto¹⁷³, parametro quest'ultimo che vale ad integrare di contenuto

¹⁷¹ Sul punto, si veda diffusamente MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria, cit.*, 1165 s.

¹⁷² Di modo che tali strutture aziendali effettuano un quotidiano controllo sulla correttezza amministrativa: cfr. ALESSI, *D. Lgs. n. 58/1998. La nuova disciplina del collegio sindacale*, in *Soc.*, 1998, 555.

¹⁷³ E' noto che il principio di corretta amministrazione non è previsto espressamente dal legislatore come dovere a carico degli amministratori, ma che è possibile pur sempre ricavarlo dagli obblighi di vigilanza gravanti sull'organo di

la prestazione amministrativa, specificandone in dettaglio le modalità di sua esecuzione¹⁷⁴.

Tale impostazione ben coglie l'evoluzione del concetto di controllo, che ha interessato tanto il settore del diritto comune quanto quello settoriale, da meccanismo «*di tutela delle minoranze*» ad efficace strumento di tutela della correttezza gestoria¹⁷⁵.

Evoluzione che ha altresì stravolto la tradizionale contrapposizione tra controllo di legalità e di merito e, parallelamente, la consueta antitesi tra il momento gestorio ed il momento del controllo, i quali, nel settore bancario, più che in altri, vengono ricondotti ad unità, in quanto sussunti sotto la più ampia e organica qualificazione di «*funzione imprenditoriale*»¹⁷⁶.

Difatti, poiché nel campo di nostra indagine affiora con maggiore evidenza l'esigenza di governare i rischi cui la società è esposta (si è già visto come la *governance* bancaria sia concepita essenzialmente come *risk governance*), il sistema di controllo interno si sostanzia nel complesso di risorse e strutture organizzative che permettono l'osservanza stessa del dovere di agire secondo correttezza tecnica.

controllo *ex art.* 2403 c.c., laddove si dice che il Collegio Sindacale “*vigila sull’osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*”. Di guisa che, essendo il controllore tenuto a verificare che il controllato tenga una condotta improntata a correttezza, se ne ottiene, *a contrario*, che l’organo amministrativo soggiace all’obbligo in questione; cfr., sul punto, MERUZZI, *L’informativa endo-societaria nella società per azioni*, cit., 762. Sull’interpretazione del significato del termine “*principi di corretta amministrazione*”, si rinvia, tra gli altri, a CORSI, *Il collegio sindacale*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998, 211 ss..

¹⁷⁴ IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, cit., 12.

¹⁷⁵ MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, cit., 243 ss.

¹⁷⁶ ANGELICI, *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, in Abadessa (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli in società*, Torino, 2015, 145 s.

Dal momento che gli assetti societari rispondono all'esigenza di porre le basi procedurali per l'esercizio dell'attività, supportando l'adozione delle decisioni gestorie¹⁷⁷, l'insieme delle componenti aziendali interne al Sistema dei Controlli partecipa in modo funzionale a tale processo, rappresentando, in ultima analisi, un servizio strumentale allo stesso svolgimento dell'impresa.

Così, i vari presidi in cui si esplica il sistema (controlli di linea, *risk management*, funzione di *compliance* e di *internal audit*, che verranno meglio indagati *infra*) non sono concepiti dal legislatore quali momenti di mero riscontro di legalità della conduzione gestoria, come è tipicamente per il controllo di cui è latore il Collegio Sindacale, ma, in senso assai più lato, quale supporto alle funzioni amministrative e di supervisione nell'espletamento dei loro rispettivi compiti, ossia quale «*longa manus operativa degli organi di governance, i quali, secondo le rispettive competenze, si avvalgono del lavoro di tali strutture*»¹⁷⁸.

La scelta del legislatore speciale di includere il Sistema di Controllo Interno tra le componenti necessarie allo svolgimento dell'impresa bancaria si spiega considerando l'emergere, specificatamente in tale contesto, di «*esigenze di controllo non già a valle del processo decisionale, cioè ad atto o fatto compiuto, ma già durante le fasi interne il processo stesso, in un momento precedente e strumentale a quello dell'azione d'impresa, ovvero al prodursi dell'atto*»¹⁷⁹.

In maniera coerente con le proprie intenzioni, la normativa settoriale interviene anche sul tema (centrale) del coordinamento delle

¹⁷⁷ LIBONATI, *L'impresa e la società*, Milano, 2004, 264.

¹⁷⁸ Così, DE MARI, *Autorità e libertà nella disciplina dell'intermediazione mobiliare*, Roma, 2010, 151.

¹⁷⁹ MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria, cit.*, 1179.

funzioni di supervisione, per il tramite di una rivisitazione quanti-qualitativa dei preposti al controllo, di un notevole accrescimento dei compiti in tal senso attribuiti al *plenum* consiliare e di una più chiara specificazione della linea di confine tra le funzioni di “vigilanza” e di “controllo”¹⁸⁰, nonché, da ultimo, di un maggior coinvolgimento dei sindaci nelle dinamiche interne al sistema.

Tradizionalmente, infatti, mentre la verifica *ex post* della condotta gestoria effettivamente “tenuta” è affidata all’organo tipicamente esercente il controllo interno (cioè il Collegio Sindacale), quella dell’andamento del processo decisionale e attuativo è rimessa alla funzione di “controllo sull’impresa”¹⁸¹ espletato da differenti apparati aziendali, non solo per mezzo di procedure standardizzate, ma altresì tramite il continuo scambio di informazioni interorganico.

Efficacemente, per l’appunto, questo tipo di controllo è stato qualificato in termini di “controllo sull’impresa”, quale «sinonimo di potere di gestione e di direzione», che dev’essere tenuto distinto dal «controllo sulla società nei confronti dell’impresa»¹⁸², ossia dal momento di verifica successivo dell’operato amministrativo, cui è, invece, solitamente chiamato il Collegio Sindacale¹⁸³.

¹⁸⁰ Sono ben noti i problemi e le aporie che l’interprete, soprattutto dinanzi ad un dettato normativo poco organico e coordinato, ha dovuto affrontare per ricondurre a sistema la disciplina del controllo societario, che, soprattutto nel settore comune, ha di fatto comportato l’emersione di un reticolo di controlli policentrico e disorganizzato, incapace di identificare al proprio interno un organo di coordinamento e di superare la sempre più complessa situazione di «confusione» tra attori, compiti loro assegnati e relative responsabilità. Cfr., FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 115 ss..

¹⁸¹ MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell’impresa bancaria*, cit., 1178 s.; PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in Bianchini-Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 144.

¹⁸² La distinzione riproposta nel testo è di ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d’impresa*, Milano, 1967, 117.

¹⁸³ La dottrina, al fine di delimitare i due concetti, enfatizza il carattere sintetico, generale e indiretto del “controllo” in senso proprio rispetto alla funzione di vigilanza, che, invece, assumerebbe i tratti di una verifica diffusa, ma puntuale,

E' ben noto come, nel settore di diritto comune, il Sistema dei Controlli Interni espliciti la propria funzione per così dire *in itinere* alla gestione sociale, a monte ed a fianco del processo di *decision-making* che coinvolge i vari organi sociali, mentre il Collegio Sindacale si colloca gerarchicamente in posizione sovraordinata, a vigilare che l'attività compiuta dagli amministratori sia rispettosa della legge, dello statuto e, in generale, dei doveri specifici di corretta amministrazione.

Ciò in piena aderenza al dettato codicistico per cui tale organo vigila sull'adeguatezza degli assetti interni complessivamente intesi e, quindi, in ultima analisi, anche sull'effettiva funzionalità, efficienza ed efficacia dei meccanismi di controllo¹⁸⁴.

D'altronde (a voler rimarcare la differenza con il controllo tipicamente attribuito dal c.c. al Collegio Sindacale) mentre gli attori del Sistema di Controllo Interno devono riferire gli esiti della loro attività di verifica all'amministratore delegato ovvero al *plenum*

sulla gestione della società e, pertanto, caratterizzato da strumenti di ispezione e reazione «*diretti*» da parte dell'organo a ciò preposto. Sui differenti usi del termine "controllo", cfr. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Rivista delle società*, 2013, 58 ss. e ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *BBTC*, 2011, V, 539 s. e STELLA RICHTER JR., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, in Tombari (a cura di), *Corporate Governance e sistema dei controlli nelle s.p.a.*, op.cit., 19 ss., il quale evidenzia come, già solo in relazione al profilo 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.*

¹⁸⁴ Cfr. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Riv. soc.*, 1997, 197, il quale riconoscendo ai sindaci l'attribuzione di «*un controllo sui criteri e sistemi organizzativi*», sostiene che il ruolo dell'organo di controllo si configuri come quello di «*garante dei "sistemi" e degli impianti organizzativi, gestionali e contabili*»; analogamente, PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, 751.

consiliare¹⁸⁵, il Collegio non ha alcun obbligo consuntivo nei confronti dell'organo amministrativo, rispondendo del proprio operato esclusivamente nei confronti dei soci¹⁸⁶, tramite la relazione che i sindaci hanno il dovere di presentare a conclusione di ciascun esercizio sociale all'assemblea¹⁸⁷.

In ambito bancario, invece, l'attività di vigilanza cui è chiamato il Collegio Sindacale non si limita ad un semplice controllo finale e successivo di riscontro dell'operato gestorio¹⁸⁸, nel senso della sua conformità o meno agli obblighi di legge e ai principi di corretta amministrazione, ma si identifica nel supporto che tale organo, insieme agli altri uffici interni, offre al *management* nell'espletamento della sua funzione e nella valutazione di opportunità e razionalità economica delle scelte adottande.

Rimandando alle considerazioni che si svolgeranno al § 3.1., basti qui sottolineare come l'attività di supervisione cui il Collegio è qui chiamato si fa, per così dire, immanente alla gestione quotidiana, estendendosi temporalmente sino a ricomprendere altresì le fasi intermedie del progressivo formarsi degli atti amministrativi¹⁸⁹, al fine di appurare «*la presenza stessa delle condizioni (anche organizzative) che propiziano le irregolarità o che le possono scongiurare*»¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Così PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in Bianchini e Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 144; V. anche. PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, in *Riv. dott. comm.*, 2012, 610.

¹⁸⁶ Cfr. SALAFIA, *La funzione di controllo del collegio sindacale*, in *Soc.*, 1994, 1169 ss.

¹⁸⁷ D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000, 47 s.; SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 60 ss.

¹⁸⁸ BIANCHINI, DI NOIA, *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in Id., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 4.

¹⁸⁹ Cfr. MARCHETTI, *Quale indipendenza per gli amministratori*, in Bianchini e Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 39.

¹⁹⁰ SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto*

In tal modo, nel settore di nostra indagine, il ruolo che tale organo assume in seno al Sistema dei Controlli presenta coloriture differenti rispetto a quanto avviene nell'ambito comune, ove i sindaci (deputati a vigilare sull'adeguatezza non già del singolo atto di amministrazione, ma del complessivo assetto organizzativo implementato dall'organo amministrativo) potrebbero interloquire nella fase di sua predisposizione soltanto quando lo stesso appaia macroscopicamente inefficiente e, pertanto, potenzialmente in grado di pregiudicare l'integrità del patrimonio sociale.

Al contrario, nell'impresa bancaria, tutti gli apparati organizzativi di controllo interno, compreso per l'appunto il Collegio, sono chiamate ad offrire supporto tecnico alle componenti amministrative nel processo di governo dei rischi, effettivi o anche solo potenziali, affioranti, per così dire, dalle operazioni di gestione quotidiane. Non già quindi dei rischi che l'esercizio del credito astrattamente pone, ma di quelli che l'assunzione di determinate strategie aziendali o il compimento di specifiche operazioni da parte della banca possono far emergere e che devono, nel disegno del legislatore secondario, essere adeguatamente e diffusamente valutati ben prima del compimento dell'atto¹⁹¹, per poi essere mantenuti sotto costante supervisione¹⁹².

Nel far ciò, il coordinamento tra le varie funzioni è rappresentato dai comitati endo-consiliari, che si occupano dell'“*intermediazione informativa*”¹⁹³ tra le strutture esecutive di controllo interno e l'organo apicale dell'intero Sistema dei Controlli medesimo, ovvero

organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance, cit., 71.

¹⁹¹ Cfr. FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *Boards and Risks. A Summary of Discussion Companies, Investors and Advisers*, Settembre 2011, 7.

¹⁹² BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, cit.*, 14; IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio, cit.*, 22.

¹⁹³ Circ. n. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.3.

l'organo con funzione di supervisione strategica (cioè, il Consiglio¹⁹⁴).

Mentre, quindi, in una prospettiva generale, ogni assetto organizzativo risponde all'esigenza di fornire agli amministratori i mezzi più adeguati per l'esercizio dell'attività d'impresa, il Sistema dei Controlli Interni, nello specifico, risponde all'obiettivo di agevolare gli stessi nel governo del rischio che lo svolgimento della medesima attività pone.

D'altronde, tra i doveri a contenuto specifico in cui si declina il principio generale del corretto *agere* amministrativo vi è specificatamente quello di valutare, al momento del compimento di una specifica operazione, tutte le possibili conseguenze che quella stessa operazione è in grado di produrre nell'ambito dell'iniziativa economica complessivamente intesa.

E tale metodica deve essere impiegata non solo dalle componenti operative, ma altresì (anzi, soprattutto) da quelle non esecutive che, nell'ambito delle dinamiche del controllo interno delle banche, assumono oggi una posizione centrale ed assai più rilevante di quanto non avvenga nel diritto comune (su cui, *infra*).

In tale prospettiva, può allora osservarsi che l'ordinamento del credito reputa essenziale dotare l'impresa di un sistema di controllo nella prospettiva del corretto espletamento delle funzioni amministrative, di modo che queste possiedano le informazioni ed i dati necessari per monitorare la pluralità di aree di rischio imprenditoriale emergenti in concreto ed assumere consapevolmente le determinazioni conseguente di loro specifica spettanza.

Si spiega così come la sua obbligatoria presenza derivi dalle peculiarità dell'attività svolta dall'ente creditizio, che presenta

¹⁹⁴ Sul punto, v. FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, *cit.*, 19 s.

innumerevoli rischi di natura altamente tecnica, idonei a ledere gli interessi di categorie di soggetti ai quali l'ordinamento accorda prioritaria tutela, rischi prevedibili e governabili solo tramite il supporto di risorse aziendali interne quantitativamente e qualitativamente adeguate.

Pertanto, mentre nelle società di diritto comune l'assetto di controllo e di gestione dei rischi ha un rilievo per così dire tutto *interno*, nel settore bancario esso si pone quale necessario presidio a tutela di "altre" finalità ordinamentali, garantendo la sana e prudente gestione dell'istituto di credito ed, in ultima analisi, la stessa stabilità del mercato.

Certo è, però, che essendo strutture funzionali alla corretta gestione, le funzioni di controllo interno si collocano in una posizione affatto prossima ai centri decisionali dell'impresa, finendo per fornire un sindacato che può, seppur con la dovuta precauzione, definirsi di opportunità, tramite un controllo di «*merito avente natura tecnica*»¹⁹⁵ il cui scopo è, lo si ripete, coadiuvare l'*iter* deliberativo attraverso gli strumenti delle scienze aziendali, delle migliori pratiche di settore e dei criteri di conduzione gestoria etero-imposti dal legislatore di settore.

D'altronde il ruolo di sostegno alla funzione amministrativa nell'espletamento dei propri compiti che qui si vuole riconoscere allo SCI è confermata dal suo essere funzionale a garantire non solo che l'attività di impresa sia in linea con le strategie e le politiche aziendali¹⁹⁶, in funzione della massimizzazione degli interessi degli azionisti, ma anche che la stessa sia "*improntata ai canoni di sana e prudente gestione*"¹⁹⁷, canoni che, come anticipato e meglio si vedrà

¹⁹⁵ MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, cit., 1178.

¹⁹⁶ Cfr. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. I, Premessa.

¹⁹⁷ Circ. n. 285/2013, *ibidem*.

nel Cap. 3, finiscono per stravolgere il tradizionale ambito di operatività della discrezionalità gestoria ed a riempire di specificità numerose prescrizioni codicistiche.

In tal modo delineata l'architettura complessiva del sistema, seppur è evidente che esso fornisca pur sempre un rilevante contributo nel perseguimento dell'interesse sociale (essendo quest'ultimo un fine cui l'azione degli amministratori di banca deve pur sempre tendere), non può che giungersi alla conclusione per cui la sua funzione tipologica sia meglio inquadrabile nell'ambito del controllo-organizzazione.

Se ne trova conferma nella nuova collocazione topografica in seno alle Disposizioni di Vigilanza delle regole dettate in tema di Sistema dei Controlli Interni, inserite, tramite l'11° aggiornamento, in un nuovo capitolo (precisamente il terzo) all'interno del Titolo IV che si occupa espressamente del governo societario delle banche, in tal modo enfatizzandone per l'appunto la matrice di controllo-organizzazione¹⁹⁸.

Ed infatti, la scelta di innestare la normativa sui controlli interni nell'ambito della regolamentazione dedicata ai compiti di gestione e governo dei diversi rischi dell'attività creditizia ha confermato sia il ruolo di supporto del corretto *agere* amministrativo ricoperto dalle relative funzioni aziendali, sia, seppur indirettamente, la peculiarità di tali aspetti organizzativi che ne hanno giustificato una collocazione ed attenzione disciplinare differente rispetto a quella adottata per il governo societario in senso stretto¹⁹⁹.

Ovviamente, la funzione così enucleata del Sistema di Controllo

¹⁹⁸ In dettaglio, la novella ha preso il posto del precedente Tit. I, Cap. I, Parte Quarta, intitolato "*La gestione e il controllo dei rischi. Ruolo degli organi aziendali*".

¹⁹⁹ In tal senso cfr. MINTO, *Sistema dei controlli interni e salvaguardia delle specificità normative delle Banche di Credito Cooperativo*, cit., 71 ss.

Interno nelle banche rappresenta la conferma di quella tendenza sopra già messa in luce (§1) - emersa a seguito dell'affermazione delle teorie ispirate alla separazione tra proprietà e controllo e parallelamente al potenziamento dell'organo gestorio - che ha visto il progressivo indebolimento ed esautoramento del ruolo dell'assemblea, non più centro decisionale di vertice della struttura societaria, sovrano della volontà sociale e referente ultimo dell'attività.

Parallelamente, pare perdere terreno la tradizionale concezione della struttura del controllo interno quale meccanismo avente la funzione di allineare gli interessi del *management* e quello dei soci, concezione formulata all'epoca in cui questo veniva considerato - dai primi Codici di Autodisciplina in materia di *governance*²⁰⁰ - come mera funzione di rendicontazione documentale tramite cui rendere edotto il potenziale investitore dei risultati dell'azione del *top management*.

Ed invero, tutto quanto fin qui esposto vale conclusivamente a riconoscere che il sistema, se finisce certamente col rappresentare uno strumento volto a tutelare anche i soci nonché, più in generale, tutti gli *stakeholders*²⁰¹, lo fa non già in via diretta, ma per il tramite del miglioramento della qualità e della salubrità della gestione²⁰².

²⁰⁰ Cfr. CADBURY COMMITTEE, *Report on Financial Aspects of Corporate Governance*, § 4.32, London, 1992; BELGIAN COMMISSION ON CORPORATE GOVERNANCE, *Recommendations of the Market Authority of the Brussels Stock Exchange*, recommendation 4.4, Brussel, 1998; COMMITTEE ON CORPORATE GOVERNANCE, *Recommendations of corporate governance in the Netherlands* 3.4, Amsterdam, 1998. Su tale concezione, criticamente, CHEFFINS, *The History of Corporate Governance*, *ECGI Working Papers in Law*, 2012, n. 184, 1 ss.; VAN DER ELST, VAN DAELEN, *Risk Management in European and American Corporate Law*, *ECGI Working Papers in Law*, 2009, n. 122, 12 ss.; MICHELON, BERETTA, BOZZOLAN, *Disclosure on Internal Control Systems as a Substitute of Alternative Governance Mechanisms*, 2nd European Risk Conference, Università Bocconi, 10-11 Settembre 2008, 1 ss., tutti consultabili su www.srrn.com.

²⁰¹ Cfr. RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella spa: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi di amministrazione e controllo*, cit., 150.

²⁰² Cfr. in proposito FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo*

Quale struttura di supporto dell'amministrazione, essa non è ideata dal legislatore di settore, almeno in via principale, per allineare l'agere amministrativo agli interessi dei soci, nell'ottica della massimizzazione dello *shareholder value*, ma piuttosto a prevenire possibili comportamenti opportunistici dell'attore decisivo²⁰³, in un contesto in cui il *gap* informativo a favore degli esecutivi potrebbe indurli ad assumere decisioni opportunistiche non conformi alla legge, allo statuto, agli indirizzi impartiti dalla proprietà²⁰⁴, ma, soprattutto, ai criteri che garantiscono la stabilità del mercato.

In tal senso, allora, le strutture aziendali di controllo interno, facendosi altresì latrici del costante ed effettivo scambio di informazioni infra-organico, rispondono all'esigenza di verifica del procedimento decisionale ed esecutivo, per scongiurare in radice il prodursi di asimmetrie informative tra esecutivi e non esecutivi, con conseguente rischio di estraniamento dalla gestione sociale di

societario, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 485, il quale osserva come un consiglio «professionale» sia generalmente correlato a soddisfacenti risultati dal punto di vista dell'interesse sociale.

²⁰³ Cfr. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, cit., 1182, secondo cui «l'assetto dei controlli nel suo essere struttura a diretto riporto di chi amministra mirerebbe [...] a porsi come possibile argine all'opportunismo dell'attore decisivo, il quale deve evitare di distrarre il proprio agire e la propria condotta dai canoni della diligenza e del corretto amministrare nel prefiggersi il perseguimento dell'oggetto sociale, di modo che il comportamento tenuto possa dirsi in eventualità sindacabile vagliando la "razionalità economica" dell'atto in relazione alle strategie gestionali dell'impresa»; v. anche CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 63; JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 795 ss.; FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 476; LAMANDINI, *La funzione di Internal Audit e di Compliance: ruoli, responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, in *Iusletter*, settembre 2008, 4, reperibile in www.iusletter.com; VAN DER ELST, *The Risks of Corporate Legal Principles of Risk Management*, *ECGI Working Papers in Law*, 2010, n. 160, 2 ss., consultabile su www.ssrn.com.

²⁰⁴ Cfr., in questo nostro stesso senso, Codice di Autodisciplina di Borsa italiana s.p.a., 2011, art. 7, principio 2: «Un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi contribuisce a una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli».

quest'ultimi²⁰⁵.

Enucleate, come sopra, le funzioni del Sistema di Controllo Interno nell'ambito della più generale fattispecie degli assetti organizzativi delle imprese bancarie, appare ora opportuno approfondire in dettaglio le sue articolazioni e le sue tipicità.

2. Il Sistema di Controllo Interno

Nei primi anni Novanta, alcune delle più prestigiose associazioni professionali americane decisero di istituire una commissione di studio, nota come “*Commissione Threadway*”, dal nome del suo Presidente, al fine di elaborare “*un modello di riferimento per il disegno dei sistemi di controllo interno*”.

Frutto dell'intenso lavoro della Commissione, il *CoSo Report* (*Committee of Sponsoring Organizations*), pubblicato nel 1992, è divenuto necessitato punto di riferimento per ogni esperienza in tema di controllo e metro di valutazione dei sistemi concretamente adottati dalle singole società.

Il CoSo definisce il Sistema di Controllo Interno come un «*processo che si prefigge di fornire una ragionevole sicurezza nella realizzazione degli obiettivi di efficacia ed efficienza²⁰⁶ delle attività operative, di attendibilità dell'informazione di bilancio²⁰⁷ e di*

²⁰⁵ Di tale avviso MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 105 ss. Analogamente, LUBRANO DI SCORPANELLO, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Corporate Governance Models and the Liability of Directors and Managers*, Milano, 2010, 13.

²⁰⁶ Si ricorda che per “efficacia” si intende la misura del grado di conseguimento degli obiettivi aziendali, per “efficienza” la misura del grado di impiego delle risorse per il raggiungimento degli obiettivi medesimi.

²⁰⁷ La definizione del CoSo si limita ad indicare l'attendibilità delle informazioni di bilancio, ma sarebbe più corretto estendere tale obiettivo all'attendibilità delle informazioni in genere. Ciò è confermato dall'*Enterprise Risk Management Framework* che, tra gli obiettivi da perseguire, indica, non più l'obiettivo di un'informativa di bilancio attendibile, ma il più ampio obiettivo di “*reporting*”. Il *framework* sottolinea che esso riguarda tutti i *report* prodotti

conformità a leggi e regolamenti»²⁰⁸.

L'ipotesi fondamento dello schema concettuale del modello è che sia ragionevole ipotizzare che un ben elaborato SCI possa coadiuvare il *management*, nel perseguimento degli obiettivi operativi (*mission* aziendale), con il proficuo coinvolgimento di tutte le componenti della gestione: il c.d.a., che deve supportare la progettazione del sistema e promuoverne la concreta adozione; la funzione di *internal auditing*, che ne deve valutare l'efficacia nel lungo periodo; tutti gli altri soggetti interni alla compagine societaria, che devono dividerne logiche, presupposti e finalità.

Osservato in una prospettiva tradizionale, il SCI è, pertanto, «uno strumento attraverso cui il management mira ad acquisire ragionevole certezza sull'esistenza di adeguate misure a tutela delle proprietà aziendali e delle relative registrazioni contabili»²⁰⁹ e si impone, di conseguenza, quale complesso organizzato di regole (*rectius*, come processo) che vincola l'azione degli organi preposti all'organizzazione di impresa, rappresentando, al contempo, il termine finale di paragone per l'attività, da espletare *ex post*, di riscontro e valutazione dei comportamenti adottati.

dall'azienda, sia per finalità interne sia esterne, con riferimento ad informazioni finanziarie e non.

²⁰⁸ La definizione accolta è stata un punto di riferimento per i Codici di condotta promossi in vista di una riforma organica della *control governance* di altri Paesi. Tra tutti, il più autorevole, TURNBULL REPORT, *Guida all'applicazione del Combined Code*, che al paragrafo 19, recita: "An internal control system encompasses the policies, processes, tasks, behaviours and other aspects of a company that, taken together: (i) facilitate its effective and efficient operation by enabling it to respond appropriately to significant business, operational, financial, compliance and other risks to achieving the company's objectives. This includes the safeguarding of assets from inappropriate use or from loss and fraud and ensuring that liabilities are identified and managed; (ii) help ensure the quality of internal and external reporting. This requires the maintenance of proper records and processes that generate a flow of timely, relevant and reliable information from within and outside the organization; (iii) help ensure compliance with applicable laws and regulations, and also with internal policies with respect to the conduct of business".

²⁰⁹ MESSIER JR., *Auditing*, Milano, 2000, *passim*.

Tuttavia, se la prospettiva attraverso cui guardare al sistema fosse unicamente questa, esso non offrirebbe un effettivo supporto al perseguimento degli obiettivi aziendali, né tanto meno a quelli propri della vigilanza.

Difatti, come ben evidenziato²¹⁰ «*il sistema generale di controllo interno non può attenersi alla sfera prettamente esecutiva della vita aziendale, non rappresenta solo un sistema di regole e norme - quale, peraltro, esso è, quale solitamente è reputato essere - bensì costituisce anche un insieme di garanzie e sincerazioni, nonché un sistema di proposizioni prescrittive ed emblematiche intorno al come debba svolgersi la quotidianità aziendale. [...] Il SCI esplica le sue funzioni anche nel sostenere al meglio stili di direzione, i quali si ricollegano a formule imprenditoriali che ambiscono alla flessibilità ed all'agilità*».

Quindi, esso dovrebbe supportare l'impresa nel percorso volto al raggiungimento degli obiettivi prefissati, minimizzando, appunto, i vari rischi di percorso.

Il Sistema di Controllo Interno è in grado perciò di coadiuvare i vertici d'azienda nella valutazione preventiva dei rischi e nella loro gestione *in itinere*, permettendo che gli stessi vengano adeguatamente individuati, classificati e governati, scongiurando al contempo, nel settore bancario, il pericolo che il sistema creditizio nel suo complesso venga intaccato dal *default* del singolo ente.

Con riferimento al contesto italiano, la prima definizione di controllo interno è rinvenibile nella Comunicazione Consob²¹¹ del 20 febbraio 1997, che attribuisce al Sistema di Controllo Interno ed amministrativo-contabile “*il fine di garantire la conformità degli atti*

²¹⁰ PINI, *Il sistema di Controllo Interno*, Milano, 2000, *passim*.

²¹¹ Comunicazione Consob n. 97001574 (“*Raccomandazione in materia di controlli societari. Rapporti di collaborazione tra Collegio Sindacale e Società di Revisione*”).

di gestione all'oggetto sociale, la salvaguardia del patrimonio e l'attendibilità dei dati contabili"²¹². Ma è con l'emanazione del T.U.F. (in particolare, con l'introduzione dell'art. 149²¹³), e con il relativo Regolamento di attuazione della Consob, che "Sistema di Controllo Interno" diventa locuzione altamente significativa e significante nella struttura organizzativa delle società.

Il Codice di Autodisciplina delle Società Quotate²¹⁴, seguendo la linea inaugurata dal *CoSo Report*, definisce il SCI come "*l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire, attraverso un adeguato processi di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, una conduzione dell'impresa sana, corretta e coerente con gli obiettivi prefissati*". E si noti che, per quanto l'influenza diretta del *CoSo Report* sia di palmare evidenza, le due definizioni siano invero sovrapponibili solo parzialmente.

Funzionalmente esso, si legge sempre nel Codice di Autodisciplina, "*contribuisce a garantire la salvaguardia del*

²¹² La definizione è sostanzialmente ripresa dalla norma 2.4 dei principi di comportamento del Collegio Sindacale emanata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri (CNDCR), che nella *Guida operativa sulla vigilanza del sistema di controllo interno* del 2001-D.Lgs. 58/99, supplemento a *Il controllo legale dei conti*, n. 1, 2001, VII, consultabile sul sito www.cndec.it, definisce il SCI come "*l'insieme delle direttive, delle procedure, delle tecniche adottate dall'azienda, al fine di ottenere i seguenti risultati: conformità delle attività degli organi aziendali all'oggetto che l'impresa si propone di conseguire ed alle direttive ricevute; salvaguardia del patrimonio aziendale ed attendibilità dei dati*". Si noti che in entrambi le definizioni, il richiamo all'*efficacia* ed all'*efficienza*, presente nella formula del *CoSo*, viene sostituita dalla clausola "*conformità dell'attività all'oggetto che l'impresa si propone di conseguire ed alla direttiva ricevuta*".

²¹³ Il Collegio Sindacale vigila: a) sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo; b) sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; c) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione; d) sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate ai sensi dell'articolo 114, comma 2.

²¹⁴ Borsa Italiana s.p.a., Codice di Autodisciplina, Comitato per la *Corporate Governance*.

patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia delle operazioni aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti". E', quindi, congegnato quale sistema funzionale all'impellente necessità, per le società, di continuo e costante adattamento ai cambiamenti ed alle mutazioni dell'ambiente economico, al fine di creare le condizioni più favorevoli per una ciclica creazione di valore e di mirare, al contempo, all'economicità delle attività operative²¹⁵.

Con specifico riferimento al settore bancario, le Disposizioni di Vigilanza del 2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. I, §6, definiscono il Sistema di Controllo Interno come l'insieme *"delle regole, delle funzioni, delle strutture, delle risorse, dei processi e delle procedure che mirano ad assicurare, nel rispetto della sana e prudente gestione, il conseguimento delle seguenti finalità: (i) verifica dell'attuazione delle strategie e delle politiche aziendali; (ii) contenimento del rischio entro i limiti indicati nel quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio della banca (Risk Appetite Framework - "RAF");(iii) salvaguardia del valore delle attività e protezione dalle perdite; (iv) efficacia ed efficienza dei processi aziendali; (v) affidabilità e sicurezza delle informazioni aziendali e delle procedure informatiche; (vi) prevenzione del rischio che la banca sia coinvolta, anche involontariamente, in attività illecite (con particolare riferimento a quelle connesse con il riciclaggio, l'usura ed il finanziamento al terrorismo); (vii) conformità delle operazioni con la legge e la normativa di vigilanza, nonché con le politiche, i regolamenti e le procedure interne.*

²¹⁵ Cfr. COMOLI, *I Sistemi di Controllo Interno nella corporate governance*, Napoli, 2002. 45, secondo cui gli obiettivi del sistema di controllo interno sono «*efficacia ed efficienza (economicità) delle attività operative, attendibilità delle informazioni e conformità alla legge e ai regolamenti*».

La definizione di “controllo interno” e, in particolare, la specificazione delle finalità strategiche che gli sono attribuite dimostrano *prima facie* come il legislatore di settore abbia concepito i controlli nelle banche non solo quale mero giudizio *ex post* di conformità, ma, come anticipato, quale presupposto essenziale per il perseguimento della sana e prudente gestione²¹⁶.

Infatti, il Sistema di Controllo Interno deve mirare a garantire non solo la “*conformità delle operazioni con la legge, la normativa di vigilanza nonché con le politiche, i piani, i regolamenti e le procedure interne*” (la cui verifica può avvenire soprattutto grazie a un controllo effettuato successivamente all’assunzione delle decisioni e in un’ottica meramente sanzionatoria), ma anche l’“*efficacia e l’efficienza dei processi aziendali*” e quindi presuppone il coinvolgimento e la collaborazione del soggetto controllante già nel momento in cui tali processi aziendali vengono strutturati²¹⁷.

In altre parole, si pone l’esigenza di assicurare già in via preliminare una chiara ripartizione di ruoli e competenze tra le varie funzioni di gestione, operative e di controllo, di modo che le stesse siano tra loro coordinate, scongiurando per tal via possibili rischi di sovrapposizione. Per far ciò, assume rilievo centrale la circostanza che i processi decisionali siano congegnati in modo tale che le scelte gestionali e le strategie operative non siano fondate solo su valutazioni del tutto discrezionali, bensì su criteri predeterminati; e, infine, che queste scelte siano tracciabili affinché si possano ricostruire le eventuali responsabilità²¹⁸.

A tale ultimo fine, un efficace Sistema di Controllo Interno

²¹⁶ Ivi.

²¹⁷ Cfr. PALMA, *Il collegio sindacale nelle banche*, Milano, 2002, 31 s.

²¹⁸ Tali esigenze peraltro sono sottese a qualunque sistema di controllo interno che possa dirsi adeguato. Così, CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, cit., 176; BERETTA, *Valutazione dei rischi e controllo interno*, Milano, 2004, 59.

dovrebbe garantire una completa e corretta analisi dei rischi e delle potenziali conseguenze delle scelte operative sul patrimonio della società in stretta correlazione con le peculiarità dell'attività svolta, cui dovrebbe seguire un'attenta ricerca e valutazione degli strumenti più idonei a contenerli e, laddove ciò non risulti possibile, si dovrebbe fare in modo che tali rischi siano evitati da parte del *management*: solo così, infatti, può effettivamente attribuirsi una funzione preventiva al sistema²¹⁹.

La funzione precauzionale e non solo consecutiva che quest'ultimo deve prefiggersi è confermata anche dall'ulteriore tipizzato obiettivo della “*verifica sull'affidabilità e l'integrità delle informazioni contabili e gestionali*”, eliminando in radice il pericolo che l'operato dei vari controllori (e, *in primis*, degli amministratori non esecutivi) sia viziato da asimmetrie informative. In tal senso, l'assetto di controllo deve rappresentare, a favore di tutti coloro i quali fanno affidamento sulle informazioni contabili fornite dalla banca, una garanzia sul fatto che sia disponibile un sistema di rilevazione e di supervisione contabile efficiente e in grado di prevenire frodi e manipolazioni funzionali a nascondere perdite.

2.1. (Segue) Organi e funzioni del Sistema di Controllo Interno

Occorre ora soffermarsi sugli organi e le funzioni del Sistema di Controllo Interno, sui relativi compiti e sulle conseguenti responsabilità. Tale ricostruzione, difatti, diviene passaggio obbligato per valutare sia in che misura la condotta dei vari organi aziendali

²¹⁹ Di seguito si riporta il disposto delle linee applicative pubblicate in data 11 gennaio 2012 in merito alle Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo delle banche del 4 marzo 2008: “*per garantire un governo efficace, unitario e coerente dei rischi, sono necessari una chiara determinazione ex ante dei livelli di rischio ritenuti adeguati e sostenibili, in linea con gli indirizzi della programmazione strategica [e] un approccio integrato ai rischi, nella loro più ampia accezione (rischi di credito, di mercato, operativi, reputazionali, di liquidità, funding etc.)*”.

(primi fra tutti, quello amministrativo) assumi profili di merito o di legittimità, sia entro che limiti possano profilarsi ipotesi di responsabilità per i danni che assetti societari ed in particolare, assetti di controllo e gestione del rischio, assenti o inadeguati, non siano stati in grado di impedire. Nonché, per comprendere se la loro eventuale condotta inadempiente possa o meno ricadere nell'ambito di operatività della *business judgment rule*.

Nelle imprese bancarie la funzione di controllo complessivamente intesa è condivisa fra il Consiglio di Amministrazione ed il Collegio Sindacale, con una intensa compartecipazione di diverse funzioni²²⁰, la cui organizzazione interna e il cui coordinamento²²¹ spetta all'organo amministrativo²²², articolate in tre sottosistemi:

(i) i controlli di linea (o di “primo livello”), che si sostanziano in una serie di verifiche periodiche compiute sia da chi svolge una determinata attività nell'ambito di una struttura produttiva, sia da chi ne ha la responsabilità di supervisione, rimanendo però, anche se a livelli gerarchici differenti, sempre nell'ambito della stessa unità organizzativa²²³;

²²⁰ Definite da HOPT, *Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis: Regulation in the Light of Empiry and Theory*, 219 ss., consultabile su www.ssrn.com, le «linee di difesa» rispetto ai rischi cui si espone l'ente creditizio.

²²¹ Il Consiglio di Amministrazione è chiamato, tra l'altro, a pronunciarsi (mediante “approvazione”) sulla “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” (Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap.3, Sez. II, §2, lett. a. V. sul punto, FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in tema di organo con funzioni di supervisione strategica*, cit., 488 s.

²²² LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2, 2017, 331 s.; FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di supervisione strategica*, cit., 488 s. e ID., *La Governance bancaria e profili di specialità nel diritto societario italiano*, cit., 50 s.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 730 s..

²²³ Come definiti dalla Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. I,

(ii) i controlli sulla gestione dei rischi (o di “secondo livello”), cui sono chiamate strutture diverse da quelle produttive (ovvero, funzione di *compliance* e di *risk management* e comitato rischi) che, da una parte, concorrono “*alla definizione di metodologie di misurazione dei rischi*”, attuando così un controllo in una fase antecedente all’assunzione dei rischi, e, dall’altra, a controllare che le politiche di rischio approvate dalla banca siano concretamente rispettate (c.d. “controllo verificativo-successivo”)²²⁴;

(iii) la revisione interna (o “*internal audit*”), che deve essere svolta da strutture (interne e/o esterne) diverse e gerarchicamente indipendenti da quelle produttive e che ha il compito di rilevare irregolarità, violazioni di procedure e di regolamenti, di verificare il rispetto delle linee-guida impartite dal *management*, nonché di svolgere un ruolo di consulenza e supporto agli organi societari²²⁵.

§6, “*i controlli di linea [sono] diretti ad assicurare il corretto svolgimento delle operazioni. Essi sono effettuati dalle stesse strutture operative (ad es., controlli di tipo gerarchico, sistematici e a campione), anche attraverso unità dedicate esclusivamente a compiti di controllo che riportano ai responsabili delle strutture operative, ovvero eseguiti nell’ambito del back office; per quanto possibile, essi sono incorporati nelle procedure informatiche. Le strutture operative sono le prime responsabili del processo di gestione dei rischi: nel corso dell’operatività giornaliera tali strutture devono identificare, misurare o valutare, monitorare, attenuare e riportare i rischi derivanti dall’ordinaria attività aziendale in conformità con il processo di gestione dei rischi; esse devono rispettare i limiti operativi loro assegnati coerentemente con gli obiettivi di rischio e con le procedure in cui si articola il processo di gestione dei rischi*”.

²²⁴Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. I, §6, prevedono che “*controlli sui rischi e sulla conformità (c.d. “controlli di secondo livello”) hanno l’obiettivo di assicurare, tra l’altro: a. la corretta attuazione del processo di gestione dei rischi; b. il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni; c. la conformità dell’operatività aziendale alle norme, incluse quelle di autoregolamentazione. Le funzioni preposte a tali controlli sono distinte da quelle produttive; esse concorrono alla definizione delle politiche di governo dei rischi e del processo di gestione dei rischi*”.

²²⁵ Circ. n. 285/2013, *ivi*, prescrivono che la “*revisione interna (c.d. “controlli di terzo livello”) (è) volta a individuare violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l’adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l’affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo (ICT audit), con cadenza prefissata in relazione alla natura e all’intensità dei rischi*”.

La presenza di tali funzioni non appare priva di influenza sul ruolo del Collegio, finendo, invero, per modificare l'oggetto dell'attività di verifica da parte dei sindaci (su cui, *infra*).

2.2. (Segue) Gli attori del Sistema di Controllo Interno

Le Istruzioni di Vigilanza individuano e delimitano specificatamente i compiti e le responsabilità degli organi di governo societario all'interno dell'architettura del sistema dei controlli.

In dettaglio (rimandando al prosieguo la dettagliata specificazione dei compiti di cui sono investiti i sindaci), l'organo con funzione di supervisione strategica (ovverosia il Consiglio di Amministrazione) ha il compito di:

- approvare le politiche di rischio e la struttura organizzativa della banca, assicurandosi a che i compiti e le responsabilità siano ripartiti in modo chiaro e appropriato;
- verificare che l'Alta Direzione definisca l'assetto dei controlli interni in coerenza con la propensione al rischio prescelta;
- verificare che le funzioni di controllo siano autonome e dotate di risorse adeguate;
- assicurarsi che venga definito un sistema informativo completo e tempestivo;
- assicurarsi che l'efficienza e l'efficacia del sistema dei controlli interni siano periodicamente valutate e che le risultanze di tale valutazione siano fornite al Consiglio stesso; e, qualora vengano riscontrate delle criticità, che vengano adottate con tempestività idonee misure correttive²²⁶.

²²⁶ Cfr. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 11, Sez. II, §1.1. Occorre poi richiamare quanto previsto nell'ambito della Circolare 263 del 2006, dove, nel capitolo 7 inserito il 2 luglio 2013 nell'ambito del Titolo V, sono sostanzialmente confermate le competenze richiamate nel testo e sono stati specificati ulteriori

Affinché il sistema dei controlli funzioni correttamente e venga fissato in maniera chiara “chi fa che cosa” è stato introdotto l’onere a carico di tale organo di approvare *“un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione”*.

Il Consiglio di Amministrazione, per adempiere correttamente al proprio compito di responsabile del sistema, deve essere adeguatamente e costantemente informato ed all’uopo è, appunto, previsto (in aggiunta a quanto prescritto dal comma 5 dell’art. 2381 c.c., che impone agli organi delegati di riferire, con frequenza almeno semestrale, al Consiglio di Amministrazione, oltre che al Collegio Sindacale, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate²²⁷), in capo al Consiglio di Amministrazione, quale

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

²²⁷ Gli amministratori delegati, in relazione all’informativa sulla prevedibile evoluzione dell’attività, devono evidenziare i rischi e anche le potenziali opportunità. Sotto questo aspetto, assume particolare rilievo il riferimento dell’art. 2381 comma 3 ai piani strategici, industriali e finanziari della società che il Consiglio di Amministrazione deve esaminare quando siano predisposti dagli

plenum, la generale responsabilità di indirizzo e controllo del sistema informativo e, soprattutto, un dovere informativo, per come si dirà, rafforzato.

L'organo con funzione di gestione (*rectius*, l'amministratore delegato, il direttore generale ossia l'Alta Direzione che svolge funzioni di gestione) definisce e cura l'attuazione del processo di gestione dei rischi.

In tale ambito:

- stabilisce limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio, coerenti con la propensione al rischio, tenendo esplicitamente conto dei risultati delle prove di *stress* e dell'evoluzione del quadro economico;
- stabilisce le responsabilità delle strutture e delle funzioni aziendali coinvolte nel processo di gestione dei rischi, in modo che siano chiaramente attribuiti i relativi compiti e sia evitato l'insorgere di potenziali conflitti d'interessi;
- esamina le operazioni di maggior rilievo oggetto di parere negativo da parte della funzione di controllo dei rischi e, se del caso, le autorizza;
- assicura che vengano pienamente valutati i rischi derivanti dalla nuova operatività, che detti rischi siano coerenti con la propensione al rischio e che la banca sia in grado di gestirli;
- individua le eventuali modifiche da apportare al Sistema dei Controlli Interni;
- nell'ambito del RAF, se è stata definita la soglia di tolleranza, autorizza il superamento della propensione al rischio entro il limite fissato e provvede a darne pronta informativa all'organo con

organi delegati. Sull'informativa a favore degli amministratori delegati: si veda, per tutti, MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in Abadessa-Portale (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, op. cit., 835 s.

funzione di supervisione strategica, individuando le azioni necessarie per ricondurre il rischio assunto entro l'obiettivo prestabilito;

- pone in essere le iniziative e gli interventi necessari per garantire nel continuo la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità del Sistema dei Controlli Interni e porta a conoscenza dell'organo con funzione di supervisione strategica i risultati delle verifiche effettuate;

- assicura (i) la coerenza del processo di gestione dei rischi con la propensione al rischio e le politiche di governo dei rischi, previa ricognizione dell'evoluzione delle condizioni interne ed esterne in cui opera la banca; (ii) una corretta, tempestiva e sicura gestione delle informazioni a fini contabili, gestionali e di *reporting*.

2.3. (Segue) Gli amministratori non esecutivi

Si è già anticipato in premessa che le attuali Disposizioni di Vigilanza, nel tentativo di superare l'annoso problema del coordinamento dei compiti e delle funzioni di controllo interno, procedono ad una rivalutazione quantitativa e qualitativa degli organi a ciò deputati, ed, in particolare, delle componenti non esecutive del Consiglio di Amministrazione. Nel far ciò, integrando e spesso derogando sotto molteplici aspetti il dettato codicistico di riferimento.

La valorizzazione dei consiglieri deleganti può invero apprezzarsi sia in relazione alla predisposizione di adeguati assetti di controllo interno, sia, e più in generale, al rafforzamento del loro dovere-potere di vigilanza sulla componente delegata.

Non pare superfluo, al fine di meglio evidenziare la specialità del settore bancario anche con riferimento a tale profilo - su cui ampiamente si ritornerà in seguito - un breve inquadramento del ruolo che i deleganti sono chiamati a svolgere in seno al Sistema di Controllo Interno nell'ambito delle società di diritto comune.

Con la riforma del 2003, è ben noto, al previgente e indeterminato obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione incombente sui delegati, ne è subentrato uno, maggiormente specifico e stringente, di “*supervisione*”, al fine dichiarato 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’acceptare 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).

Ed invero, nel sistema precedente, la presenza del summenzionato “dovere di vigilanza”, in ragione della sua intrinseca vaghezza, aveva causato l’applicazione, in sede giudiziale²²⁸, di un regime di responsabilità fortemente penalizzante per gli amministratori deleganti, fondato su indici presuntivi di una loro generale trascuratezza nello svolgimento dell’incarico²²⁹, che la dottrina maggioritaria²³⁰ apertamente fronteggiava per il suo carattere

²²⁸ La giurisprudenza aveva accolto un’interpretazione estensiva dell’ambito di applicazione del dovere di vigilanza, ritenendo che esso costituisse un dovere autonomo sussistente in capo a tutti gli amministratori, indipendentemente dall’organizzazione adottata per la gestione e dalla presenza di deleghe gestorie. In questo senso v Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Foro.it, Rep. 1999, voce Società*, n. 845; Cass., 24 marzo 1998, n. 3110, *ivi, Rep. 1998, voce Società*, n. 647 e riferite a fattispecie regolate dal testo dell’art. 2392, comma 2, c.c., antecedente la riforma Cass. 9 gennaio 2013, n. 319, in *Notariato*, 2013, n. 2, 136; Cass. 14 maggio 2010, n. 7425, in *dejure giuffrè.it*. che ha riconosciuto la responsabilità degli amministratori per omessa vigilanza sulle irregolarità compiute da altri amministratori prima dell’assunzione della carica; Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giur. it.*, 2004, 557 con nota di CAGNASSO, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la “delega di fatto” tra norme “vecchie” e “nuove”*.

²²⁹ CABRAS, *La responsabilità per l’amministrazione delle società di capitali*, Milano, 2002, 28.

²³⁰ Nella vigenza dell’art. 2392 c.c. ante-riforma, invero, ad un orientamento, invero minoritario, che attribuiva al dovere di vigilanza degli amministratori la qualifica di dovere autonomo ed, in quanto tale, sussistente anche in assenza di

sostanzialmente oggettivo.

Per tal via, il legislatore del 2003, optando per un modello di controllo “tipizzato” e “procedimentalizzato”²³¹, ha ridotto il perimetro della supervisione degli organi deleganti. Si è passati, così, dal piano del controllo diffuso e diretto sulla componente delegata a quello della verifica e del riscontro delle informazioni da quest’ultima fornite in merito alla suddetta attività.

In particolare, ai sensi dell’art. 2381, comma 3, c.c., i non esecutivi hanno il dovere di valutare, sulla base delle informazioni ricevute dai delegati, il “*generale andamento della gestione*” e “*l’adeguatezza dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*”²³², compreso, pertanto, il Sistema di Controllo Interno; parallelamente, al fine di evitare che questi finiscano per assumere un atteggiamento meramente passivo²³³, l’ultimo comma dell’art. 2381

deleghe gestorie (cfr. DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione della società per azioni*, Napoli, 1992, 127 s.), se ne contrapponeva un altro, maggiormente attento, che riduceva la portata applicativa dell’articolo in commento all’ipotesi di conferimento di deleghe, MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 426 s.; BORGIOI, *L’amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 262; ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 230; SANDULLI, Art. 2392, in Sandulli e Santoro (a cura di), *La riforma delle società. Commentario*, I, Torino 2003, 470; ABADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 502; ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova 2010, 135 ss.

²³¹ Indicando anche le modalità da seguire e precisamente i destinatari dell’obbligo di fornirle (i delegati) e la sede ove riferire (il Consiglio di Amministrazione). Cfr. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008, 15 ss. Sul punto v. anche MERUZZI, *I flussi informativi*, cit., 1 ss. Come evidenziato da CAGNASSO E RIGANTI, *L’obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, in *Giur. it.*, 2017, 390, si tratta di «un obbligo “passivo”, che consiste nel prendere in esame (valutare) quanto riferito, in parte di un dovere “attivo”, che consiste nell’acquisire ulteriori informazioni rispetto a quelle fornite (agire in modo informato).

²³² KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber Amicorum Antonio Piras*, cit., 707 ss..

²³³ BARACHINI, *Delega gestoria e disciplina dei «flussi informativi»: poteri, doveri e responsabilità*, in www.legislazionepenale.eu, 2016, 4.

c.c. impone a ciascun consigliere, sia delegato, sia non delegato, di “*agire in modo informato*”, riconoscendogli altresì la facoltà di “*chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione sociale*”, che possano ritenersi necessarie o altrimenti utili per lo svolgimento dell’incarico²³⁴.

La legge precisa che le richieste informative debbono essere indirizzate agli organi delegati: su di essi, pertanto, grava il dovere di riferire o, comunque, di assicurare che gli amministratori ricevano le informazioni pretese²³⁵, poiché i singoli amministratori non sono titolari di un autonomo potere d’indagine.

Questi, pertanto, non possono procedere ad atti d’ispezione od accesso senza il filtro degli organi delegati, né tantomeno assumere direttamente le informazioni tramite gli uffici interni della società²³⁶. Ciò comporta che, nel settore comune, l’attività di controllo cui sono preposti i deleganti deve attuarsi sulla base di un flusso informativo che proprio gli organi delegati sono tenuti ad assicurare²³⁷.

Allo stesso modo la norma, in maniera *tranchant*, specifica le

²³⁴ VASSALLI, *Art. 2381*, in D’Alessandro (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, I, Padova 2011, 38.

²³⁵ MOSCO, *Art. 2381*, in Niccolini e Stagno D’Alcontres (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, cit., II, 601.

²³⁶ SFAMENI, *Vigilanza, informazione e affidamento nella disciplina della delega amministrativa*, in *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*. Liber discipulorum, Milano 2011, 598 s.; ABADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 506; MERUZZI, *L’informativa endo-societaria*, cit., 777; CALVOSA, *Sui poteri individuali dell’amministratore*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber Amicorum Antonio Piras, cit., 362 ss.; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 685 s.. In senso contrario SPOLIDORO, *Poteri di controllo individuale degli amministratori «non delegati» nelle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1077 s. e BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 153 ss., per il quale il diritto individuale di informazione può essere esercitato dai deleganti con il solo limite rappresentato dall’esigenza di evitare asimmetrie informative nel consiglio.

²³⁷ ABADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, cit., 499 ss..

modalità con cui tali flussi informativi interni al c.d.a. devono essere garantiti: sulle informazioni richieste, infatti, gli organi delegati sono tenuti “*a riferire in nell’ambito del consesso consiliare*”²³⁸.

Quanto alla natura doverosa o meno della richiesta di informazioni prevista dall’ultimo comma dell’art. 2381 c.c. è pacificamente ritenuto che questa assuma soltanto eventualmente carattere doveroso: in particolare, gli amministratori deleganti sarebbero tenuti ad attivarsi in tal senso solo in presenza di determinate circostanze²³⁹, non potendosi invece prospettare a loro carico un dovere costante e generalizzato d’iniziativa²⁴⁰. Ciò ha spinto gli interpreti a teorizzare la nota dottrina dei segnali di allarme²⁴¹, ovverosia a selezionare e catalogare una serie di circostanze al verificarsi delle quali, non essendo più possibile affidarsi alle informazioni fornite dai delegati, scatta il dovere di esercizio delle

²³⁸ BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 156.

²³⁹ CALVOSA, *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, cit., 356 ss.; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, cit., 692 ss.; SPOLIDORO, *op. ult.cit.*, 1077 ss., il quale ritiene ammissibile un ampliamento dei poteri di intervento riconosciuti agli amministratori delle s.r.l. anche nell’ambito delle s.p.a..

²⁴⁰ BARACHINI, *La gestione delegata*, cit., 152, in part. nt. 133; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, cit., 692; MERUZZI, *I flussi informativi*, cit., 253 ss.. Come evidenziato da CAGNASSO E RIGANTI, *L’obbligo di agire in modo informato a carico degli amministratori deleganti*, cit., 390, riprendendo le conclusioni cui è giunta Cass. 31 agosto 2016, n. 17441, da tali Autori commentata, l’obbligo di attivarsi per acquisire ulteriori informazioni scatta in presenza di «*elementi tali da porre sull’avviso gli amministratori, alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell’incarico o dalle loro specifiche competenze. In altre parole, dalle informazioni ricevute possono risultare “elementi di allerta” che impongono agli amministratori di acquisire ulteriori informazioni. Tali sono, ad esempio, l’incoerenza o l’insufficienza del contenuto della relazione; tali possono essere altre circostanze, sempre desumibili dalla relazione dei delegati o comunque acquisite. Un esempio potrebbe essere costituito dalla presenza di indici rivelatori di particolari criticità o di una difficile situazione in cui versi la società sotto il profilo patrimoniale o economico-finanziario*».

²⁴¹ Cfr. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, 70 ss.; CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali d’allarme» alla realtà dell’imputazione dolosa nel concorso dell’amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Riv. soc.*, 2015, 905.

prerogative informative di cui all'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.

Al riguardo, in estrema sintesi, ciò si verifica allorché l'informazione ricevuta risulti irregolare, carente o contraddittoria²⁴².

Nel settore bancario, invece, i consiglieri deleganti rivestono una posizione nevralgica sin dalla fase di predisposizione di adeguati assetti (anche) di controllo della società, così come nella fase di riscontro della corretta loro attuazione per il tramite di un netto rafforzamento dei loro obblighi di vigilanza²⁴³.

Sotto il primo profilo, le Disposizioni prevedono che spetta alla funzione di supervisione strategica, ossia al Consiglio, – non potendo pertanto costituire oggetto di «incarico» agli esecutivi – l'assolvimento di alcuni compiti a ben vedere cruciali per le dinamiche di controllo interno.

L'organo con funzione di supervisione strategica nel suo complesso definisce l'assetto complessivo di governo della banca e ne approva il relativo sistema organizzativo, ne verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze.

Inoltre, approva: (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.

²⁴² VASSALLI, *Art. 2381, cit.*, 39.

²⁴³ In materia v. per tutti CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo, cit.*, 19 ss.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *BBTC*, 2015, 707 ss.; PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie, cit.*, 48 s..

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 regolamentari²⁴⁴.

Evidente perciò il distacco delle Disposizioni di Vigilanza rispetto al sistema di compiti e funzioni delineato dal codice civile con riferimento al tema degli assetti organizzativi adeguati e al noto binomio funzionale tra «*valutazione*» (dei deleganti) e «*cura*» (dei delegati), previsto dall'art. 2381 c.c..

Da ciò derivando, pertanto, 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 esecutivi²⁴⁵.

Con visibili ricadute sul piano della responsabilità dei delegati, restando da approfondire, come si farà nel proseguo, innanzitutto, come una tale previsione «*impatti (..) sulla responsabilità dei*

²⁴⁴ Circolare 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, §2.

²⁴⁵ Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Foro it.*, 2013, I, 2577, ma anche in *Giur. comm.*, 2015, II, 27, con nota di MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato* e in *Riv. dir. comm.*, 2014, 139, con nota di CICCHINELLI, *Il dovere di agire informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*.

componenti non esecutivi del consiglio di amministrazione ora gravati da nuovi compiti»²⁴⁶.

In secondo luogo, le Disposizioni in parola rivedono, integrandolo, il dettato codicistico di riferimento, ampliando il novero dei poteri di informazione degli amministratori deleganti, con tangibili variazioni rispetto a quanto stabilito per le società di diritto comune.

A costoro 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*”²⁴⁷.

Ciò significa che i componenti non esecutivi devono seguire una procedura particolare e quindi ricorrere alle informazioni detenute dai comitati interni laddove costituiti ma, nel caso in cui questi ultimi non siano presenti – ovvero nel caso delle banche di minori dimensioni – essi hanno il dovere di accedere direttamente alle informazioni sulla gestione e sull’organizzazione aziendale dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo.

Previsione, questa, che configura un vero e proprio potere-dovere informativo rafforzato in capo agli amministratori non esecutivi, con conseguente innalzamento della diligenza professionale loro richiesta e, anche sotto questo aspetto, correlate ricadute sul piano della loro responsabilità.

Si tratta di un dovere che impone ai singoli amministratori non esecutivi di assumere informazioni non solo dalla revisione interna e dalle funzioni di controllo, ma anche, a esempio, dal direttore generale²⁴⁸; per tal via, la previsione in discorso rappresenta una

²⁴⁶ PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, cit., 55.

²⁴⁷ Così la Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.2.

²⁴⁸ Così DE PRA, *op. cit.*, 587, per il quale «risulterebbe superata anche l’obiezione (formulata da SFAMENI, Vigilanza, informazione e affidamento nella disciplina della delega amministrativa, in *Scritti giuridici per Piergaetano*

innovazione di assoluta importanza che si pone in controtendenza rispetto alla diffusa interpretazione dell'art. 2381, comma 6, c.c., per cui è precluso ai singoli amministratori deleganti di chiedere informazioni sulla gestione sociale al personale della società.

Sulla base del nuovo quadro regolamentare che si è venuto componendo in ordine alle funzioni non operative, si è allora recentemente sostenuto²⁴⁹ che l'amministratore non esecutivo possa financo «*interrogare i responsabili delle funzioni di controllo interno*» al fine di valutare e verificare l'effettivo e corretto adempimento del contenuto della delega gestoria, oltre che il rispetto delle strategie di rischio assunte dal *plenum* consiliare.

Tale originale ruolo all'interno delle dinamiche informative endo-consiliari rappresenta anche un utile argine all'emersione di possibili situazioni di conflitto di interesse, derivanti dall'attribuzione, per come detto, in capo all'Alta Direzione del compito di definire i flussi informativi interni volti ad assicurare agli organi aziendali e alle funzioni aziendali di controllo la piena conoscenza e governabilità dei

Marchetti. Liber discipulorum, Milano, 2011, p. 603) per cui i dirigenti rispondono gerarchicamente e hanno un dovere di fedeltà nei confronti degli amministratori delegati e/o dell'intero organo consiliare, non già di ogni singolo componente del consiglio. Infatti, entrando a fare parte delle norme che disciplinano il governo societario delle banche, le Disposizioni risultano vincolanti anche per quanto riguarda il rapporto tra gli organi di amministrazione e controllo "con la struttura aziendale"».

²⁴⁹ MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli all'agire in modo informato*, nota a Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737, cit., 27 s., secondo cui « il canale informativo che si instaura tra amministratori non esecutivi ed uffici aziendali di controllo interno, tuttavia, non va soltanto osservato nella prospettiva gerarchicamente "discendente" che considera i poteri di interrogazione dei primi rispetto ai secondi, bensì va anche e soprattutto valorizzato nella sua direzione "ascendente", ossia quale momento che, per converso, vede i secondi trasmettere le proprie risultanze informative ai primi: le comunicazioni "bottom-up" tra amministratori senza delega e strutture di controllo, infatti, si contrassegnano per collegare in maniera immediata mittente e destinatario del flusso informativo, qui non dovendosi assolutamente frapporre alcun diaframma intermedio, siccome qualsiasi "filtro" sarebbe astrattamente idoneo a mettere a repentaglio l'imparzialità dei presidi di controllo interno e così, se del caso, l'efficiente reattività dell'organo delegante». Conforme, DE PRA, *op.cit.*, 589.

fattori di rischio e la verifica del rispetto del RAF.

Nel settore bancario, cioè, la definizione nel dettaglio dei flussi informativi verso il Consiglio di Amministrazione, siccome affidata all'organo con funzione di gestione, dipende da quest'ultimo quantomeno in relazione alle informazioni la cui obbligatorietà non è imposta direttamente dalla legge²⁵⁰.

Evidenti sono pertanto le aporie di un sistema informativo così congegnato, che facilmente potrebbe compromettere l'imparzialità e la veridicità delle informazioni su cui fa affidamento l'attività di supervisione del Consiglio di Amministrazione; basti, in tal senso, considerare che il dovere di agire informati posto in capo ai non esecutivi è funzionale alla salvaguardia dell'interesse sociale e, nel settore bancario, alla sana e prudente gestione dell'ente.

Ed infatti, tali dati assumono rilievo cruciale per comprendere se il Sistema di Controllo Interno (e, più in generale, gli assetti societari) originariamente predisposto possa dirsi adeguato anche in *itinere*, in considerazione delle attività intraprese dalla società.

Per scongiurare un simile rischio, mentre la normativa ordinaria (all'art. 2381, commi 1 e 6, c.c.) stabilisce che "*ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in Consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*" e che il Presidente del Consiglio di Amministrazione debba provvedere affinché siano fornite "*adeguate informazioni*", la normativa settoriale non solo attribuisce all'organo con funzione di gestione il potere-dovere "*di assicurare la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficacia ed efficienza) e l'affidabilità del sistema informativo*" (Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV., Cap. 4, Sez. II),

²⁵⁰ Cfr. Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, §3, dove si prevede che l'organo con funzione di gestione "*definisce i flussi informativi interni volti ad assicurare agli organi conoscenza e governabilità dei fattori di rischio e la verifica del rispetto del risk appetite framework*".

ma integra il dettato codicistico da ultimo citato, prevedendo in capo al Consiglio di Amministrazione, in sede plenaria, la generale responsabilità di indirizzo e controllo del sistema informativo e, soprattutto, un dovere informativo per l'appunto rafforzato.

In tal modo, la concreta portata precettiva ed applicativa della normativa regolamentare assume maggiore definizione e concretezza, atteso che, nel contesto attuale, l'obbligo di agire informati e di richiedere informazioni aggiuntive non dovrà essere percepito come necessario da parte degli esecutivi solo in un momento patologico della vita societaria.

Al contrario, nel momento in cui la società è *in bonis* e la sua attività si svolge, per così dire, in maniera "fisiologica" l'obbligo di agire informati, che nel settore comune e anche nel vigore delle precedenti Disposizioni, è stato interpretato come una mera facoltà²⁵¹, nel nuovo assetto regolamentare, è ricostruito in termini di stringente ed assai penetrante obbligo di condotta.

Invero, nelle banche, gli amministratori non operativi - compresi quelli facenti parte del Comitato Rischi - potrebbero anche spingersi, si ritiene, sino a sindacare nel merito i dati sottesi alle operazioni proposte dagli amministratori delegati e non limitarsi a rispettare solo formalmente le procedure di controllo, considerando la richiesta di informazioni non solo come una possibilità bensì anche come un vero e proprio obbligo tutte le volte che la diligenza professionale suggerisca loro di pretendere ulteriori chiarimenti su uno specifico affare rispetto a quelli già garantiti *ex lege*.

Solo in tal modo il *plenum* potrebbe mantenere sull'operato dei delegati una forma di supervisione effettiva, verificando in maniera costante la corretta attuazione dell'assetto organizzativo dell'ente e

²⁵¹ Cfr. D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, cit., 46 s.

promuovendo tempestivamente le misure correttive necessarie a far fronte all'eventuali lacune o inadeguatezze riscontrate. In ultima analisi, cioè, adempiere ai dettagliati obblighi attribuitigli dalle Disposizioni di Vigilanza.

Pertanto, così opinando, il suo controllo, pur avendo come oggetto solo la gestione e l'organizzazione dei flussi informativi, finirebbe per incidere anche sulle scelte relative alla generale organizzazione della banca e all'attuazione dei controlli sull'attività della società e sui rischi a cui è esposta.

E ciò, si ritiene, in piena aderenza con il ruolo di primario rilievo che l'organo con funzione di supervisione strategica nella sua totalità riveste all'interno della rinnovata *governance* bancaria.

2.4. (Segue) Il Consiglio di Amministrazione e il rapporto con il Collegio Sindacale

In tale prospettiva, diventa altresì fondamentale, nell'ottica del regolatore, il ruolo del Collegio Sindacale nella fase di supervisione sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e sull'efficienza ed efficacia del Sistema di Controllo Interno delle società bancarie, laddove viene stabilito che i suoi componenti debbano *“accertare l'adeguatezza di tutte le funzioni coinvolte nel sistema dei controlli, il corretto assolvimento dei compiti e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate”*²⁵².

²⁵² Così le Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, §4, ove si aggiunge che *“l'organo con funzione di controllo ha la responsabilità di vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF [il c.d. “risk appetite framework”]”; inoltre, viene stabilito che “nelle banche che adottano sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, l'organo con funzione di controllo, avvalendosi dell'apporto delle funzioni aziendali di controllo, vigila - nell'ambito della più generale attività di verifica del processo di gestione dei rischi - sulla completezza, adeguatezza, funzionalità, affidabilità, dei sistemi stessi e sulla loro*

Momento di cruciale importanza è, perciò, rappresentato dal raccordo di questa funzione con il Consiglio di Amministrazione dato che, solo tramite un flusso informativo continuo, la prima sia in grado di rilevare tempestivamente già durante il processo decisionale della società (e quindi prima che possa concretizzarsi un danno per l'ente) le criticità derivanti dall'assunzione eccessiva e non coerente di rischi.

Anche in questo caso, solo tramite il maggior coinvolgimento di organi più autonomi rispetto a quello gestorio, può realmente assicurarsi quell'indipendenza e terzietà del controllo che, allo stato attuale, con l'attribuzione per via legislativa di una competenza esclusiva in capo al Consiglio di Amministrazione e all'Alta Direzione sia della predisposizione della politica di gestione dei rischi sia della supervisione sulla vigilanza espletata dai controlli di secondo livello e dall'*internal audit*²⁵³, corre il rischio di non essere adeguatamente garantita.

Tale riconoscimento assoluto di competenza, seppur spiegabile con la circostanza che su questi organi ricade il compito e, quindi, la responsabilità di predisporre i più consoni assetti di governo societario (ivi incluso quelli di controllo) si espone a critiche laddove rischia di inficiare la doverosa autonomia e indipendenza delle funzioni di supervisione.

Tali compiti potrebbero invero essere affidati non al Consiglio di Amministrazione ovvero all'organo con funzione di gestione, ma proprio al Collegio Sindacale. Vero è che in questo modo si ammetterebbe una ingerenza dei sindaci in una materia attinente precipuamente la gestione (*rectius*, la predisposizione degli assetti di

rispondenza ai requisiti previsti dalla normativa".

²⁵³ Come previsto nella Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. V, Cap. 3 Sez. II, §2, lett. e, il Consiglio di Amministrazione "con cadenza almeno annuale, approva il programma di attività, compreso il piano di audit predisposto dalla funzione di revisione interna, e [...] approva altresì il piano di audit pluriennale".

controllo) ma si eviterebbe comunque che il controllato (Alta Direzione e Consiglio di Amministrazione) definisca i compiti del controllore, anzi decida lui stesso chi debba assumere le vesti di suo controllore.

Invero, come si anticipato in premessa, le attuali Disposizioni di Vigilanza paiono accogliere, seppur *in nuce*, tale approccio laddove forniscono al Collegio sindacale una serie di strumenti ad efficacia per così dire preventiva²⁵⁴, con finalità di indirizzo dell'attività espletata dall'organo di gestione che hanno spinto taluni ad affermare che nel settore bancario il Collegio Sindacale è posto al centro del Sistema dei Controlli Interni dell'impresa, con funzioni che assumono la natura di poteri di indirizzo sia pure "debole".

In effetti, dalla normativa secondaria emanata da Banca d'Italia sembra emergere una timida rimodulazione dell'attività espletata dal Collegio Sindacale, non più, come è tradizionalmente, meramente successiva e di natura essenzialmente censoria: lo si coglie già solo dalla definizione dell'organo con funzione di controllo come quello che "*vigila sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie, sulla corretta amministrazione, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili*", "*parte integrante del complessivo sistema di controllo interno*", cui è attribuita la responsabilità di "*vigilare sulla completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF*"²⁵⁵.

Pare quindi opportuno procedere ad una breve ricognizione dei compiti e dei poteri assegnati al collegio sindacale delle banche sia dal T.U.B., sia dalla normativa di Banca di Italia per comprendere quali

²⁵⁴Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. I, Sez. IV, §3.

²⁵⁵D'AMATO-GIANNIZZARO, *Evidenze empiriche del malfunzionamento del collegio sindacale nelle banche*, in *Banca, impr. soc.*, 226 ss. *Contra*, LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, cit., 1099 ss.

siano gli effettivi spazi di competenza in relazione all'attività di predisposizione degli assetti organizzativi e di controllo nelle banche e se e in che termini gli amministratori possano disattendere le direttive dei sindaci che concernono le loro scelte operative in merito a tali assetti.

3. Funzione di controllo del Collegio Sindacale

Nel contesto bancario, al Collegio Sindacale è attribuito un ruolo del tutto peculiare rispetto a quello ricoperto nell'ambito delle società comuni e di quelle quotate. Ciò trova giustificazione nel fatto che, in tale ambito, è maggiormente avvertita l'esigenza di un controllo che non si ponga in una ottica meramente censoria e sanzionatoria nei confronti dell'attività amministrativa, ma in una prospettiva di continuata collaborazione e cooperazione con il *management*²⁵⁶.

Può, difatti, sostenersi che il Collegio sindacale delle banche è maggiormente coinvolto nella predisposizione degli assetti di controllo, essendo chiamato a svolgere i propri compiti di supervisione e verifica antecedentemente all'assunzione ed all'esecuzione delle decisioni gestionali²⁵⁷.

²⁵⁶ VALENSISE, *Il collegio sindacale nelle banche, in Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 160. Per SCOGNAMIGLIO, *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID*, cit., 19, il Collegio esercita un'attività di «controllo di ultima istanza: è una funzione di chiusura dei controlli aziendali e al tempo stesso di verifica costante e perciò di garanzia del loro corretto funzionamento; nonché, ancora, una funzione di interfaccia e di interlocuzione con l'esterno».

²⁵⁷ In questo senso, già CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori delle S.p.A.*, in *Riv. soc.*, 1968, 369 s.. Cfr. anche TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva "di gruppo")*, in *Riv. soc.*, 1997, 953 s., per cui la partecipazione dei sindaci alle riunioni consiliari consente di acquisire «in presa diretta» i dati sulla gestione e sullo svolgimento dell'attività di direzione e coordinamento. *Contra*, BUTTARO, *Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 1989, 366, che non ritiene invece ammissibile un potere dei sindaci di interloquire con gli amministratori posto che il tenore letterale della norma sembrerebbe richiedere la

Una vigilanza sulle strutture organizzative di controllo interno, ed in generale sugli assetti predisposti dalla società, che si colloca già nell'ambito del processo decisionale e non in un momento successivo a quello in cui si produca un danno per la società, per i soci ovvero per i terzi creditori²⁵⁸.

Esso rappresenta un organo funzionalmente connesso a tutte le strutture aziendali facenti parte del Sistema di Controllo Interno²⁵⁹ (ed in particolare all'*internal audit*²⁶⁰), tant'è che le Disposizioni di Vigilanza stabiliscono che per lo svolgimento delle proprie funzioni il Collegio possa avvalersi delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda²⁶¹.

In ambito bancario, in effetti, il principio, certamente valevole sia per le società comuni sia per le società quotate²⁶², per cui al Collegio Sindacale non è rimessa alcuna analisi che esuli dalla verifica sull'efficacia dei principali processi e dei sistemi di controllo

mera partecipazione «passiva» dei sindaci alle adunanze consiliari.

²⁵⁸ Cfr. SCHIUMA, *op. cit.*, 71, per il quale il Collegio Sindacale è chiamato a vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo e sul suo concreto funzionamento «*non solo a posteriori, appurando la correttezza dell'attività globalmente considerata [...] ma anche ex ante, e cioè, appurando la presenza stessa delle condizioni (anche organizzative) che propiziano le irregolarità o che le possono scongiurare*».

²⁵⁹ Le Istruzioni di Vigilanza stabiliscono che i suoi componenti debbano «*valuta[re] il grado di efficienza e di adeguatezza del sistema dei controlli interni, con particolare riguardo al controllo dei rischi, al funzionamento dell'Internal Audit e al sistema informativo-contabile*»; specificando poi che, per lo svolgimento di tali mansioni, il Collegio Sindacale «*si avvale di tutte le unità delle strutture organizzative che assolvono funzioni di controllo, prima fra tutte l'Internal Audit*» e interloquisce stabilmente con Banca d'Italia, cui viene assicurato un flusso informativo continuo.

²⁶⁰ In particolare, la Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 3, Sez. III, §1 prevede che «*i responsabili della funzione di controllo dei rischi e della funzione di conformità alle norme hanno, in ogni caso, accesso diretto all'organo con funzione di supervisione strategica e all'organo con funzione di controllo e comunicano con essi senza restrizioni o intermediazioni; il responsabile della funzione di revisione interna ha accesso diretto all'organo con funzione di controllo e comunica con esso senza restrizioni o intermediazioni*».

²⁶¹ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap.I, Sez. IV, §3.1.

²⁶² Se ne trova conferma nell'art. 149 T.U.F. che limita la vigilanza sugli assetti da parte dei sindaci agli «*aspetti di [loro] competenza*».

(non potendo né dovendo tale organo effettuare alcuna valutazione diretta ad apprezzare l'efficienza, l'opportunità e la convenienza delle soluzioni proposte dagli amministratori anche in tema di assetti di controllo) sembra passibile di rilevanti eccezioni.

Le Disposizioni di Banca di Italia richiedono infatti al Collegio Sindacale un'attività di "vigilanza" "*sulla completezza, adeguatezza, funzionalità ed affidabilità del sistema dei controlli interni*", che si avvicina di molto ad una vera e propria attività valutativa anche del grado di efficienza del Sistema, normalmente di competenza esclusiva dell'organo amministrativo, tenuto per l'appunto, nelle società comuni a "valutare" gli assetti amministrativi, organizzativi e contabili, secondo il dettato del comma quinto dell'art. 2381 c.c.

Difatti, non solo le medesime Disposizioni sottolineano che il giudizio sulla "funzionalità" del Sistema di Controllo Interno deve intendersi in termini di "efficienza ed efficacia", ma lo stesso riferimento alla completezza ed alla affidabilità, quali criteri di valutazione cui deve orientarsi la vigilanza del Collegio Sindacale, sembra rimarcare una rivisitata estensione dell'oggetto del controllo di tale organo nell'ambito bancario.

Invero, quanto appunto ai criteri di valutazione della gestione da parte del Collegio Sindacale, pare più opportuno abbandonare la tralatizia distinzione tra controllo di merito e controllo di mera legalità o legittimità²⁶³, trattandosi di mere categorie con valore classificatorio

²⁶³ Le espressioni "*controllo di legittimità*" e "*controllo di merito*", peraltro, non danno conto in maniera chiara delle diverse posizioni. Già FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *BBTC*, 1985, I, 44 s., negava infatti la validità della distinzione tra controllo di merito e controllo di legittimità, ma già allora riteneva che il merito dovesse essere conoscibile e censurabile da parte dei sindaci in presenza di una violazione degli obblighi degli amministratori. In questo senso, i compiti del Collegio Sindacale non debbono quindi limitarsi a una verifica formale del rispetto delle norme di legge e di statuto, ma comportano una verifica della legittimità sostanziale: quest'ultima comprende il controllo sul rispetto delle norme di "buona amministrazione", ovvero il rispetto

che, soprattutto nel contesto delle società bancarie, risultano certamente superate. Tradizionalmente, il controllo che un organo esplica su un altro assume una caratterizzazione di merito o di legittimità a seconda del parametro di giudizio utilizzato per valutare la conformità di atti e attività del controllato. Difatti, «*se si utilizza come parametro esclusivo il rispetto di regole giuridiche si parla di controllo di legittimità; se, invece, il parametro è dato da regole tecniche volte all'apprezzamento di atti e attività sotto l'aspetto della convenienza e dell'opportunità economico-sociale, si parla allora di controllo di merito*»²⁶⁴.

In questo scenario, è stato condivisibilmente osservato che se l'oggetto del controllo sindacale è dato da completezza, adeguatezza, funzionalità e affidabilità di processi aziendali e aspetti organizzativi, l'analisi dell'organo non si ferma sul piano della legittimità, scendendo invece al piano del merito, nel senso di un riscontro delle regole tecniche relative alla più efficiente e funzionale predisposizione del sistema dei controlli e della gestione dei rischi, *ex ante* in astratto ed *ex post* nella concreta attuazione²⁶⁵.

dei principi di diligenza nell'esercizio dell'attività da parte degli amministratori e nell'iter decisionale che porta al compimento dell'atto di gestione.

Tuttavia, in letteratura tali categorie continuano ad essere impiegate in modo corrente: da ultimo, v. SFAMENI, *Artt. 2403 – 149 Tuf*, in Abadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, I, Milano, 1555 s. Meno recentemente, favorevoli all'estensione della valutazione dei sindaci anche a profili di merito o comunque a un controllo di legittimità sostanziale per effetto della loro competenza a vigilare sui principi di corretta amministrazione, cfr. CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori delle S.p.A.*, cit., 392 s.; CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, cit., 149; COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011, 440 s.; FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950, 165; MINERVINI, *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973, 212 ss.. *Contra*, DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. 16, Torino, 1985, 563 ss.; FERRI, *Le Società*, in Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985, 693.

²⁶⁴ FRIGENI, *La Governance bancaria e profili di specialità nel diritto societario italiano*, cit., 86

²⁶⁵ *Ibidem*, 75 s.

Di guisa che, da un lato, il controllo si è evoluto in un elemento coesistente dell'esercizio dell'impresa e del momento gestorio, per altro, la vigilanza del collegio ha assunto connotati ulteriori, primo fra tutti quello della periodicità e della continuata collaborazione con la funzione amministrativa, di cui è emblema l'attribuzione ai sindaci del potere-dovere di segnalare agli organi sociali anche semplici carenze riscontrate, nonché di promuovere conseguenti interventi correttivi delle irregolarità rilevate²⁶⁶.

In tale prospettiva, diviene allora cruciale comprendere quale sia l'effettiva incidenza dell'eventuale valutazione dei sindaci contraria agli orientamenti dell'organo amministrativo nella predisposizione degli assetti di controllo e in che misura i rilievi così mossi possano in qualche modo vincolare l'operato del *management* sul punto.

3.1. (Segue) Le competenze del Collegio Sindacale

a) Momento di Verifica

Fase preliminare all'esercizio del controllo del Collegio Sindacale è la raccolta di informazioni sull'attività svolta dalla società tramite un reticolo di flussi informativi assai più penetranti rispetto a quelli previsti sia dalla normativa comune, sia da quella dettata per le società quotate.

Ed infatti, il Collegio Sindacale, oltre ad essere destinatario elettivo di quelle informazioni che gli amministratori devono fornirgli *ex art. 2381, comma 6, c. c.* con cadenza almeno semestrale ovvero *ex art. 1500 T.U.F.* con periodicità almeno trimestrale, ricevono altresì informazioni anche dalle funzioni aziendali di controllo.

Nell'ambito del Sistema dei Controlli Interni, infatti, è previsto

²⁶⁶ MONDINI, *Il nuovo ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca, impr., soc.*, 39 ss.

che le informazioni vengano veicolate dai controlli di linea alle funzioni aziendali di controllo e da queste, dopo una rielaborazione, ai competenti organi societari, fra cui, per l'appunto, il Collegio Sindacale.

In tale fase rientra altresì il dovere-potere per i sindaci di presenziare alle riunioni del Consiglio di Amministrazione, del comitato esecutivo e dell'assemblea (art. 2405, comma 1, c.c. e art. 149, comma 2, T.U.F.), partecipazione che, come adeguatamente rilevato in dottrina, non consente loro semplicemente di informarsi sulle decisioni assunte dal Consiglio e sulle modalità concrete di assunzione delle medesime, ma di vigilare, già all'atto della loro assunzione, sulla coerenza delle stesse con la legge, lo statuto e i principi di corretta gestione.

Certo è, pur sempre, che le informazioni di cui è destinatario il Collegio non concernono tutti gli atti e le scelte gestorie della società, dovendo necessariamente caratterizzarsi il controllo di tale organo da sinteticità, potendo divenire maggiormente analitico solo in determinati casi. Non si dimentichi, infatti, che specie nelle imprese bancarie l'attività di controllo per così dire puro spetta ai soggetti prioritariamente inseriti nell'ambito dello SCI, ossia ai controllori di primo e secondo livello, attribuendosi, invece, al Collegio una vigilanza sulla gestione complessiva della società e dello stesso Sistema di Controllo Interno, potendo solo ove ricorrano le circostanze intervenire tramite un controllo sui singoli atti di gestione.

b) **Momento di valutazione**

Proprio in merito all'oggetto e alla natura del controllo sindacale nelle banche, si è già anticipato, la dottrina più attenta²⁶⁷ ha da tempo messo in luce come il Collegio Sindacale non sia chiamato a verificare

²⁶⁷ PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale*, cit., 3 s.; FRIGENI, *La Governance bancaria*, cit., 83.

la gestione, ma la «*macchina deputata alla gestione*» e le procedure amministrative adottate dalla società. Esso non dovrà neppure monitorare i risultati di gestione, ma esclusivamente le procedure implementate per il loro raggiungimento, né controllare i rischi via via assunti, ma esclusivamente il sistema di gestione dei medesimi.

In particolare, nel contesto del Sistema dei Controlli Interni delle banche, l'obbligatoria presenza di funzioni aziendali di controllo del tipo *compliance, risk management e internal audit*, latrici dei compiti sopra cennati, oltre a aumentare il rischio di eccessive duplicazioni di ruoli e competenze, ha nei fatti esautorato il ruolo e l'oggetto del controllo dei sindaci²⁶⁸. Ciò con evidenti ricadute anche sul piano del sistema sanzionatorio.

Pertanto, il controllo del Collegio si svolge non su singoli atti ma sul generale processo di gestione continuo, sulla base di criteri espressamente tipizzati dal regolatore.

In proposito, due sono essenzialmente i piani in cui si esplica l'attività di verifica del Collegio Sindacale, uno per così dire ideale e preliminare in cui viene valutata la correttezza delle determinazioni gestorie in tema di organizzazione dell'impresa bancaria (e, quindi, anche in tema di Sistema di Controlli Interni) rispetto alle prescrizioni del c.c., del T.U.F. e delle disposizioni di Banca d'Italia ed un altro, fattuale, in cui i sindaci sono chiamati a valutare l'efficacia e l'efficienza delle scelte gestionali adottate in concreto dalla società²⁶⁹.

Pertanto, nell'ambito bancario, i sindaci non sono chiamati a valutare la correttezza delle procedure adottate e la ragionevolezza

²⁶⁸ Secondo SFAMENI, *Artt. 2403 – 149 Tuf*, in Abadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, cit. 1540 ss., il Collegio Sindacale, per la sua posizione di vertice, continuerebbe comunque a rispondere dell'attività di vigilanza su tutta l'impresa medesima. *Contra* FRIGENI, *La Governance bancaria*, cit., 85.

delle scelte organizzative negli stessi termini con i quali tale valutazione verrebbe effettuata per una società di diritto comune: qui, il criterio con cui valutare la legittimità delle condotte via via assunte dal *management* è rappresentato dal contenuto precettivo delle stesse prescrizioni regolamentari emanate da Banca di Italia che stabiliscono espressamente le modalità e le procedure con le quali il Sistema di Controllo Interno (ed in generale, gli assetti amministrativi, organizzativi e contabili) deve essere implementati e operare, nonché gli specifici e tipici rischi che devono essere classificati e governati.

Di guisa che, la diligenza richiesta va valutata sulla base dei criteri imposti d'imperio dalla normativa di vigilanza, nonostante residui pur sempre una sorta di "zona d'ombra" di discrezionalità tecnica, in virtù dell'operatività del principio di proporzionalità²⁷⁰.

c) **Momento di reazione**

Il terzo momento in cui si esplica l'attività di controllo dei sindaci si sostanzia nell'esercizio dei cd. poteri reattivi di cui questi ultimi, nel loro complesso, sono dotati allo scopo di attivarsi nell'ipotesi in cui, nell'esercizio della loro attività di vigilanza, riscontrino violazioni, irregolarità o disfunzioni. Tali poteri, di natura preventiva e comminatoria, possono suddividersi in poteri endosocietari ed esosocietari, questi ultimi costituiti, nel contesto bancario, dai poteri-doveri di segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Per quanto concerne questi ultimi, nel settore bancario, all'attività di segnalazione che - per diritto comune, e, nella specie, ai sensi degli artt. 2429, comma 2, c.c. e 153 T.U.F. - il collegio deve svolgere, *in primis*, nei confronti dell'assemblea, vanno ad aggiungersi obblighi ulteriori di comunicazione nei confronti del Consiglio di Amministrazione.

²⁷⁰ Cfr. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo, cit.*, 19 ss.

Più in dettaglio, le Disposizioni²⁷¹ prevedono, in parallelo agli obblighi di informativa cui il collegio è tenuto nei confronti della Banca d'Italia, un obbligo di segnalazione agli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione delle carenze e irregolarità riscontrate in relazione a tutte le materie oggetto della sua vigilanza - tra cui, i principi di corretta amministrazione, l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il Sistema dei Controlli Interni - ed un obbligo di richiesta dell'adozione di idonee misure correttive e di verifica nel tempo dell'efficacia²⁷², che permette di incidere in termini fattuali sull'operato gestorio²⁷³, pur sempre rappresentando però tale potere mero strumento di *moral suasion* nei confronti degli organi con funzioni di supervisione strategica e di gestione.

Difatti, gli amministratori non hanno alcun obbligo di adeguarsi ai rilievi mossi sul punto dai sindaci, né, in tal caso, di motivare le ragioni dell'eventuale rifiuto all'adozione di misure correttive. Tanto è vero che la normativa secondaria attribuisce al Collegio Sindacale il potere di "promuovere" gli interventi correttivi ritenuti necessari, ma non già deciderli in via diretta.

Il lemma utilizzato dal legislatore, pertanto, non sembrerebbe lasciare alcuno spazio per il riconoscimento di un vero e proprio potere di veto dei sindaci in grado di impedire (*ex ante*) il compimento da parte degli amministratori di un atto difforme dai canoni di legge e statuto in tema di organizzazione societaria ovvero influenzarne (*ex post*) la validità. Con l'ulteriore conseguenza, che in capo ai sindaci

²⁷¹ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap.1, Sez. II, §3.2.

²⁷² MONDINI, *Il nuovo ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, cit., 40 s..

²⁷³ Senza tuttavia, secondo ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, in Vietti (diretto da), *La governance nelle società di capitali*, Milano, 2013, 335 ss., sconfinare in una compartecipazione ai compiti amministrativi.

non potrebbe giammai individuarsi una responsabilità gestionale, attribuibile esclusivamente agli organi direttivi della banca.

D'altronde, il riconoscimento di un vero e proprio potere autorizzativo e/o di opposizione al compimento di atti gestori in tema di assetti organizzativi in capo al Collegio Sindacale si scontra inevitabilmente con il ruolo tipicamente riconosciuto a tale organo sia dalle disposizioni di diritto comune, sia anche da quelle di settore, ma soprattutto dal rischio che l'eventuale dissidio tra organo di gestione e organo di controllo sul come predisporre ovvero eventualmente correggere l'assetto dei controllo possa portare alla stasi della gestione dell'ente creditizio, non potendo ritenersi che l'eventuale dissidio possa essere ricomposto dall'Autorità di Vigilanza per il tramite del meccanismo di cui all'art. 52 ovvero 53 T.U.B.

Nonostante, cioè, è innegabile che i poteri dei sindaci delle banche sono di molto più incisivi rispetto a quanto sia dato registrare nelle società di diritto comune e, per certi aspetti, in quelle quotate²⁷⁴.

Basti evidenziare come il potere di pressione che tale organo può esercitare sugli altri responsabili dell'assetto societario e, in particolare, di controllo è tale da far ritenere che difficilmente questi ultimi possano prescindere dai «desiderata *dei sindaci*»²⁷⁵.

In secondo luogo, va letta nell'ottica propugnata nel testo (ossia

²⁷⁴ MONDINI, *Il nuovo ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, cit., 60.

²⁷⁵ In questo senso, LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, cit., 710. In una simile prospettiva, sembra interessante richiamare quanto evidenziato da BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, in Benazzo, Cera, Patriarca (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011, 410, secondo cui «il collegio sindacale, a differenza di tutti gli altri organismi di controllo interni, è investito per legge di una responsabilità sul piano civilistico, immediata e diretta verso terzi estranei all'organizzazione d'impresa, parimenti e simmetricamente a quanto avviene per l'organo amministrativo: quest'ultimo in posizione apicale rispetto alla gestione; il collegio, a sua volta, in eguale rango, rispetto alla vigilanza».

quella che vede nella natura del controllo dei sindaci una vigilanza che si attua già nelle fasi iniziali del processo decisorio) il potere-dovere, previsto dall'art. 52 T.U.B. “*di informare senza indugio la Banca di Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga(no) a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria*”²⁷⁶

Orbene, la circostanza che si faccia riferimento alle “*potenziali irregolarità*”, ulteriormente prescindendo dalla loro effettiva gravità, non può che essere interpretato nel senso che i sindaci devono individuare le eventuali anomalie gestionali già prima che esse possano provocare un danno per la società, richiedendosi, quindi, un giudizio *ex ante* dell'operato degli amministratori.

In tal senso, si palesa chiaramente la differenza con gli altri istituti previsti dall'ordinamento di diritto comune e dalla normativa del T.U.F. che, analogamente all'art. 52 T.U.B., istituiscono una sorta di raccordo informativo tra sindaci ed autorità esterne (autorità giudiziaria *ex art.* 2409 c.c. e CONSOB nel caso dell'art. 149 T.U.F.).

Ma ciò che differenzia le previsioni normative da ultimo citate con il potere di segnalazione esterna del settore bancario sta nel fatto che lì ciò che legittima ed anzi impone ai sindaci di attivarsi è il riscontro di irregolarità già accertate e riscontrate ovvero il fondato sospetto di *gravi* irregolarità gestionali che possano arrecare un danno alla società, mentre nella previsione della normativa speciale l'esigenza è quella di prevenire *ex ante* le irregolarità e le anomalie

²⁷⁶ LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007, 113 ss.; VELLA E PRESTIPINO, *Commento sub art. 52*, in Belli, Losappio, Porzio e Rispoli (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 462 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, 569 ss.; LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in Di Cataldo (a cura di), *La governance delle società bancarie, op. cit.*, 63 ss.

che possano minare la sana e prudente gestione dell'ente e non già di governare successivamente, in una prospettiva del tutto censoria e sanzionatoria, le irregolarità già poste in essere.

Così come qui è ininfluyente la circostanza che le anomalie percepite siano gravi, né rileva la dipendenza causale con un eventuale danno prodotto all'ente creditizio, anche solo in via potenziale.

Ciò, da un lato, aumenta sensibilmente l'efficacia dei poteri di controllo dei sindaci delle banche, ampliando, di contro, le ipotesi di responsabilità degli stessi ove omettano ovvero ritardino di segnalare tali potenziali anomalie all'Autorità di vigilanza²⁷⁷.

Pertanto, in ambito bancario, il controllo dei sindaci finisce con ingerirsi nella gestione in un momento di molto antecedente rispetto all'assunzione delle decisioni strategiche ed al compimento delle stesse.

Conclusivamente, dalla breve analisi dei poteri reattivi attribuiti ai sindaci dalle Disposizioni di Banca d'Italia, emerge rinsaldata l'interpretazione che vede nel collegio un organo di vigilanza continuativa e collaborativa. Come evidenziato in dottrina, infatti, mentre la segnalazione delle "irregolarità" potrebbe essere compatibile anche con un controllo di tipo meramente censorio, quella delle carenze – ovvero, circostanze ancora inidonee ad evolversi in vere irregolarità e che forse non lo diventeranno mai – non può che far propendere per una funzione di vigilanza collaborativa e continuativa²⁷⁸.

²⁷⁷ SACCHI, *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, I, 698 secondo cui il raccordo informativo con la Banca di Italia garantisce una maggiore incisività all'attività di vigilanza del Collegio Sindacale, poché in tal modo il naturale referente dei sindaci non è esclusivamente l'assemblea che ha nominato gli stessi amministratori, ma proprio l'Autorità di Vigilanza che può così garantire efficace tutela anche ai soci di minoranza.

²⁷⁸ SFAMENI, *Artt. 2403 – 149 Tuf*, in Abadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, cit., 1540 s.; FRIGENI, *op.cit.*, 422 s.

4. Limiti del Sistema di Controllo Interno. Chi controlla il controllore?

Il controllo interno è, per antonomasia, lo strumento adottato per scongiurare la commissione di illeciti e infrazioni da parte di un'azienda, al fine di assicurare il raggiungimento degli obiettivi correlati alla gestione, alla redazione dei bilanci ed al rispetto di leggi e regolamenti. Così inteso, esso si presenta all'opinione pubblica ed alla scena internazionale come *panacea* di tutti i mali, reali o potenziali, che inficiano la *good governance* societaria. In realtà, un Sistema di Controllo Interno, anche se magistralmente congegnato e strutturato, può assicurare solo «una ragionevole e relativa sicurezza»²⁷⁹ del raggiungimento degli obiettivi per cui viene architettato.

Il sistema è invero fortemente influenzato dagli individui, responsabili del suo funzionamento, ed i fattori psicologici, è bene sottolineare, giocano un ruolo cruciale in ogni processo condotto dall'uomo. Diventa, pertanto, limite di natura oggettiva il rischio di errore umano, nel processo di assunzione delle strategie aziendali: le decisioni sono assunte in base a valutazioni e percezioni soggettive, influenzate dalle informazioni ricevute e dalla loro correttezza e aderenza al dato reale²⁸⁰ e, spesso, sono il risultato non di un'analisi ponderata e razionale, bensì di una valutazione “*dell'ultimo minuto*”

²⁷⁹ COMOLI, *op.cit.*, 20 s..

²⁸⁰ Si parla, a tal proposito di “*dipendenza dall'informazione*” e di rischio da “*bluff di regolazione*”. Tuttavia, tali disfunzioni rappresentano un costo inevitabile per l'odierna impresa commerciale, che è costretta ad operare un costante bilanciamento tra le esigenze di tutela dei vari interessi coinvolti, anche latamente, dalla gestione, e l'opposta esigenza di un'autonoma gestione ordinaria dell'impresa da parte del *management*. Un monitoraggio pressante alla fonte garantisce l'indipendenza informativa, ma ostacola e blocca l'attività produttiva. Insomma, è inevitabile che in ogni esperienza societaria vi sia un *deficit* informativo del controllore e un margine di attività che sfugge all'attività di supervisione e controllo di quest'ultimo.

dettata dall'urgenza del caso particolare. A tal fine, necessario risulta, altresì, che chi controlla sia effettivamente indipendente. Senza indipendenza, i controlli non «*hanno alcun valore*»²⁸¹.

Primariamente, il SCI dovrebbe garantire una “indipendenza operativa”, all'interno dello stesso processo di controllo. A tale livello, il punto cruciale non è capire se chi controlla *voglia* attuare le politiche di potenziamento del monitoraggio, bensì se «*ne sia capace*»²⁸². In secondo luogo, esso dovrebbe assicurare una “*indipendenza organizzativa*”, con norme dettagliate ed efficaci regolanti l'istituto del “*controllore*”, la sua imparzialità e la mancanza di conflitti di interesse.

Il personale può sempre commettere errori di interpretazione delle istruzioni e delle direttive impartite, così sottoponendo il sistema a disfunzioni e disallineamenti. Tuttavia, oltre all'ipotesi, probabili, di mancanze inconsapevoli ed incolpevoli, deve essere sempre considerata la «*naturale cupidigia dell'uomo*»²⁸³ e l'ipotesi, molto probabile, di *modus operandi* scorretti e dolosi da parte del personale dislocato nell'azienda. Si profila, così, sia il rischio di omissioni rilevanti del personale, per mancato rispetto delle direttive di vertice, sia il rischio di atti di collusione ad alti livelli, come ad esempio tra i responsabili di distinte funzioni aziendali.

Un'ulteriore limitazione è di natura prettamente economica. La società, nell'assumere scelte relative all'impianto di controllo, dovrebbe pre-valutarne il relativo rapporto costi/benefici, ossia quantificare le risorse assorbite dal Sistema di Controllo Interno, in relazione ai benefici che ne possono derivare dalla sua concreta esplicazione. Ma, un'analisi di tal tipo risulta, spesso, estremamente

²⁸¹ POWER, *La società dei controlli, cit.*, 185.

²⁸² *Ibidem*, 9.

²⁸³ ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003, 9.

complessa per le difficoltà di quantificare e valutare monetariamente i vantaggi derivanti dall'implementazione del sistema, soprattutto se dipendenti dallo sviluppo, dalle capacità e dalle competenze manageriali. Gli oneri economici tendono ad essere determinati con maggiore facilità, essendo tale valutazione frutto di operazioni, il cui diretto oggetto di osservazione è rappresentato da dati concreti, oggettivi, facilmente accessibili e di chiara e netta incidenza. I benefici ed i vantaggi di una *governance* etica, sana ed efficace sono valutabili e riscontrabili nel lungo periodo e, spesso, rappresentati da "positività astratte", ossia da cambiamenti e variazioni che, atomisticamente considerati, sono apparentemente irrilevanti, ma che, cumulativamente, con uno sguardo sistemico, rivelano la loro effettiva incidenza e il loro reale portato.

Infine, si profila un ulteriore rischio di malfunzionamento del sistema: alla breve elencazione *supra* operata con riferimento a ciascun organo e funzione che compone il sistema di controllo, dovrebbero in teoria corrispondere ruoli e responsabilità ben distinti tra loro. Tuttavia, la compartecipazione di più organi alla funzione di controllo porta con sé, evidentemente, il pericolo di rischiose sovrapposizioni di ruoli e competenze, come pure quello del crearsi di zone d'ombra, al riparo, per così dire, da eventuali responsabilità per danni, cui è necessario prestare attenzione.

Un esempio eloquente dei rischi che sussistono se le rispettive competenze e responsabilità non sono disegnate in modo sufficientemente chiaro può rinvenirsi nel delicato rapporto fra Collegio Sindacale e Consiglio di Amministrazione (organo con funzione di supervisione strategica) per quanto concerne la predisposizione del RAF ma, più in generale, rispetto a tutte le competenze del *board* in merito a governo/controllo dei rischi. In concreto, il rapporto si gioca fra Collegio Sindacale e comitati endo-

consiliari e, in particolare, riguardo al comitato rischi²⁸⁴ che, nelle banche maggiori e in quelle intermedie, è obbligatorio all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica e assume un ruolo importante in materia di rischi anche nella prospettiva del loro controllo²⁸⁵. E' a tale comitato, infatti, ad essere attribuito un ruolo

²⁸⁴ In particolare, 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 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.2.3.

²⁸⁵ CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo, cit.*, 19 s., il quale evidenzia come 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.

centrale di garanzia di buon funzionamento del Sistema di Controllo Interno: e se, sulla carta, il criterio distintivo risiede nell'essere quella del comitato attività di vigilanza a fini gestori, mentre quella del collegio attività di vigilanza a fini censori con poteri di indirizzo debole²⁸⁶, nella realtà operativa i due livelli non sono sempre nettamente distinguibili.

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)».

²⁸⁶ SFAMENI, *Artt. 2403 – 149 Tuf*, in Abadessa-Portale (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, cit., 1540 s.

CAPITOLO TERZO

INADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI E RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI BANCA

1. La responsabilità da inadeguatezza organizzativa.

Inquadramento dell'indagine

Le riflessioni che si sono sino a qui effettuate hanno come inevitabile implicazione l'indagine sul tema della responsabilità degli organi sociali, per i danni conseguenti alla violazione dei doveri indicati e analizzati.

Come autorevolmente sostenuto, il tema dell'organizzazione «*ha un senso se collegato al tema della responsabilità, proprio perché il terreno applicativo di elezione dell'adeguatezza è quello della responsabilità da "inadeguatezza" organizzativa, contabile, amministrativa, patrimoniale e tecnica: forse, la nuova frontiera della responsabilità degli amministratori e della stessa impresa*»²⁸⁷.

Responsabilità, quella dei componenti dell'organo amministrativo delle banche per gli atti di gestione e organizzazione dell'impresa, che dovrà misurarsi con le distinzioni di ruoli e competenze fissate dalla legge e dalla normativa di settore, nonché con le regole di giudizio elaborate dalla giurisprudenza in materia.

Dall'analisi sino ad ora condotta, d'altronde, appare indubbia l'assoluta centralità che, in punto di predisposizione ed implementazione di adeguati assetti (soprattutto di controllo), assume l'organo gestorio delle banche, nell'ambito della più generale concorrenza di poteri e funzioni interorganica tracciata dalle Disposizioni di Vigilanza di Banca di Italia.

La loro mancata adozione, come anche la loro inefficace

²⁸⁷ BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità, cit.*, 29.

attuazione, trasforma «*la colpa di organizzazione in colpa per l'organizzazione (deficitaria)*»²⁸⁸: se è vero infatti che l'obbligo di predisporre assetti adeguati rappresenta un dovere a contenuto specifico, declinatorio del generale obbligo di agire in modo diligente (e corretto), ne derivano conseguenze parallele sul piano patologico della responsabilità e della sua possibile affermazione.

Nel contesto dell'indagine che si intende condurre, inoltre, occorrerà verificare se e in che termini gli amministratori di banca possano essere chiamati a rispondere per le scelte assunte in merito agli assetti organizzativi e di controllo, indagando, cioè, il rapporto intercorrente tra l'obbligo di loro predisposizione e la *business judgment rule*.

E', difatti, evidente il legame tra il tema della responsabilità da *deficit* organizzativo (qui inteso sia nel senso di assoluta carenza di assetti sia di loro inadeguatezza) e la *business judgment rule* (in seguito, anche "*bjr*"), criterio che, come noto, può in generale trovare applicazione unicamente nei riguardi delle decisioni amministrative in cui è dato esprimere una valutazione discrezionale, assunte cioè in un contesto di incertezza e aleatorietà, rispetto alle quali non può ammettersi una valutazione *a posteriori* del giudice in merito a ciò che sarebbe stato corretto ed auspicabile compiere *ex ante*²⁸⁹.

Legame, tuttavia, che assume connotati diversi da quelli tradizionalmente riconosciutigli dalla dottrina in tema di *bjr* in virtù della qualificazione, propugnata nelle pagine precedenti, degli atti istitutivi il sistema organizzativo in modo autonomo rispetto alle

²⁸⁸ MOREZZI, *Modelli organizzativi ex D.lgs n. 231/2001 e assetti adeguati ex art. 2381 c.c.: spunti di riflessione in tema di colpa di organizzazione*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 14, 2008, 48 s.

²⁸⁹ Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003, 29.

scelte gestorie in senso stretto²⁹⁰, quali, cioè, momenti inerenti non al contenuto dell'attività gestionale, ma alle modalità procedurali di sua esecuzione (su cui si veda anche *infra*).

Nelle ipotesi che verranno indagate nel prosieguo dovrà perciò comprendersi se il giudice, chiamato ad accertare la responsabilità degli amministratori per il danno arrecato alla società, ai creditori od ai terzi, oltre ad individuare le eventuali condotte attive²⁹¹ direttamente lesive e contrarie ai canoni della corretta amministrazione e della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze di cui all'art. 2392 c.c., possa estendere la sua valutazione sino ad accertare la violazione dell'obbligo di predisporre assetti adeguati.

Ovvero se, al contrario, la scelta operata dal *management* di non implementare alcun assetto e, in particolare, la decisione di strutturarli in un modo rivelatosi poi inadeguato, debba sottrarsi, in virtù dei principi della *business judgment rule*, a tale sindacato.

La violazione del dovere di predisporre assetti adeguati rientra,

²⁹⁰ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 38, il quale nota che l'adeguatezza «è ormai un imperativo categorico che fungerà inevitabilmente da parametro per l'accertamento della responsabilità d'impresa; e valutare l'"adeguatezza", da qualunque aggettivo questo sostantivo sia seguito, significa esercitare un potere che comporta un'ampia discrezionalità. Potrebbero, perciò, porsi, e in maniera più pressante, quei problemi di confini, o di limiti che dir si voglia, al potere dei giudici che hanno caratterizzato una feconda stagione della nostra dottrina e, sia pure in misura meno evidente, della stessa giurisprudenza».

²⁹¹ Sulla, condivisibile, configurabilità della violazione dell'obbligo di cui all'art. 2381, comma 5, c.c. quale ipotesi di responsabilità per violazione di un obbligo specifico, sanzionabile a prescindere dall'accertamento di ulteriori adempimenti cfr. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., 2, 2006, 853; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 87 ss.; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, cit., 647 secondo cui si tratta di «un titolo di responsabilità degli amministratori autonomo e specifico rispetto alla condotta direttamente causativa del pregiudizio (da parte degli stessi amministratori o di dirigenti), riferendosi ad una condotta omissiva, suscettibile di aggravare la loro posizione rispetto a quel medesimo pregiudizio che si sarebbe potuto evitare o alleviare in presenza di assetti adeguati».

invero, a pieno titolo nell'alveo operativo dell'art. 2392 c.c. e, di conseguenza, del meccanismo di graduazione delle responsabilità previsto dal primo comma della norma e, ad oggi, assume contorni ulteriori, come anticipato nel Capitolo I, anche quale obbligo funzionale alla rilevazione tempestiva della crisi di impresa²⁹².

Per tale motivo, riveste particolare attenzione il profilo patologico della responsabilità gestoria per inadeguatezza organizzativa, nei casi in cui il *board*:

(i) abbia del tutto omesso di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili;

(ii) abbia predisposto assetti organizzativi, amministrativi e contabili all'interno dell'ente creditizio amministrato, rilevatisi, alla luce del danno patito dalla società, dai creditori o dai terzi, inadeguati.

In entrambe le ipotesi, accanto alla fattispecie della responsabilità²⁹³, così pure nel caso in cui all'inadempimento organizzativo consegua un danno solo potenziale²⁹⁴, tra i rimedi che

²⁹² Sul tema d'obbligo è il rinvio a SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 1031 ss.

²⁹³ In merito alle sanzioni che possono scaturire dalla violazione del dovere di garantire assetti societari adeguati, nel caso in cui la stessa non cagioni un pregiudizio alla società, cfr. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 85 s..

²⁹⁴ Difatti, «non ogni impedimento in materia di assetti interni determina un danno alla società, ben potendo una violazione rimanere priva di conseguenze per il patrimonio sociale e dunque non generare alcun obbligo risarcitorio ma solo la revoca degli amministratori» cfr. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 962; sul punto, anche DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 74.

Vero è che, in caso di mancanza di danno, potrebbe ipotizzarsi, *de jure condendo*, in ragione delle finalità ordinarie di settore, che sia comunque possibile convenire in giudizio gli amministratori per la condanna degli stessi a sanzioni punitive, fermo restando il problema del divieto del *ne bis in eadem* cui si incorrerebbe nel caso in cui la Banca di Italia abbia già, per i medesimi fatti, irrogato una sanzione amministrativa. Il tema, tuttavia, è allo stato proponibile in via del tutto astratta, in ragione delle note resistenti della dottrina e della giurisprudenza italiane ad ammettere, nel nostro sistema, i c.d. *punitive damages* e, in generale, a riconoscere alla responsabilità civile una funzione ulteriore a quella meramente ripristinatoria. Ma, sul punto, si veda la recente Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *IlCaso.it*.

astrattamente vengono in rilievo si profila non solo la revoca degli amministratori dall'incarico per giusta causa (per violazione di un obbligo di legge), ma altresì, nel settore bancario, il *removal* degli esponenti ad opera dell'Autorità di Vigilanza, nell'esercizio dei poteri ispettivi e sanzionatori già evidenziati, riconosciutigli dalla normativa di settore (cfr. Cap. Primo)²⁹⁵.

2. Assetti organizzativi, amministrativi e contabili mancanti e responsabilità degli amministratori

Venendo alla prima fattispecie, profili di responsabilità in capo all'intero Consiglio di Amministrazione si rinvengono certamente nel caso in cui l'assetto organizzativo, amministrativo o contabile non sia stato affatto adottato.

Una tale omissione, si risolve, nei fatti, in una consapevole «*assunzione* (degli amministratori, n.d.r.) *frutto della decisione di rischiare*»²⁹⁶ che rivela un atteggiamento di noncuranza ovvero di accettazione cosciente delle conseguenze potenzialmente iscrivibili in una simile scelta incompatibile con un dovere a questi specificamente imposto dalla legge.

La ricostruzione, per come sopra operata, di tale dovere quale obbligo “caratteristico”, declinatorio delle clausole generali di

²⁹⁵ V. art. 53-bis, lett. e), T.U.B.. In tema, CICCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria (Riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 449 s.; CIRAULO, *La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca, impr., soc.*, 2016, 1, 51 ss. Il potere di revoca degli amministratori non è più esercitabile, a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. 72/2015, solo al ricorrere delle medesime gravi irregolarità gestionali in presenza delle quali la banca poteva essere sottoposta ad amministrazione straordinaria ai sensi dell'art. 70 T.U.B., ma semplicemente alla valutazione che la “*permanenza in carica sia di pregiudizio alla sana e prudente gestione*”.

²⁹⁶ L'affermazione, relativa alla responsabilità ex D.Lgs. n. 231/2001, ma certamente rilevante anche in tema di responsabilità da carenza/inadeguatezza degli assetti societari, è di PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. enti soc.*, 3, 2006, 167 ss.

condotta gestoria - tra cui, in particolare, il principio di corretta amministrazione ed il dovere di agire in maniera informata²⁹⁷ -, comporta che la sua violazione diviene fattispecie sanzionabile per sé e non soltanto laddove riconnessa al verificarsi di altri e diversi inadempimenti²⁹⁸.

Se, pertanto, prima della riforma del 2003, in un sistema in cui l'obbligo di predisposizione, valutazione e cura degli assetti adeguati era stato interpretato, dall'unanime dottrina, come contenuto implicito del dovere generico di diligenza, ad escludere l'inadempimento era sufficiente provare per l'amministratore di aver agito con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, viceversa oggi, tanto nelle società di diritto comune quanto in quelle di diritto speciale, la responsabilità potrà essere esclusa solo nel caso previsto dall'art. 1218 c.c., ovvero sia quando l'inadempimento discenda da causa non evitabile con la diligenza prescritta.

Come è noto, in tema di responsabilità degli amministratori di società, occorre sempre tenere a mente la distinzione tra obblighi a contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo e obblighi generali, definiti attraverso il ricorso a clausole aperte e indeterminate, quali appunto l'obbligo di amministrare con diligenza ovvero senza conflitto di interessi.

Per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore va necessariamente ricollegata, su un piano di derivazione causale, alla

²⁹⁷ Cfr. MERUZZI, *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna delle società per azioni*, in *Le clausole generali nel diritto societario*, cit., 125, secondo cui «rispetto al dovere/fine dell'agire informato, in sé considerato, gli assetti adeguati costituiscono un elemento prodromico e necessario»; IRRERA, *Assetti adeguati*, cit., 68 ss.; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 65; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, ivi, 1025.

²⁹⁸ MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, cit., 449; KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 2010, 724.

violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché l'accorta attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito (positivo o meno) della scelta, rilevante, semmai, ai fini dei rapporti squisitamente interni all'ente societario.

Per gli obblighi specifici, invece, costituendo la diligenza la misura dell'impegno richiesto agli amministratori, la responsabilità può essere esclusa solo nel caso in cui l'accertato inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore²⁹⁹.

La scelta deliberata di non strutturare affatto gli assetti, si esporrà, quindi, ad un'inevitabile censura non al riparo dalla *business judgment rule*, non già perché si tratti di scelta non discrezionale - o almeno non soltanto - ma perché, trattandosi per gli amministratori di uno specifico obbligo di condotta, non può che essere soggetta al sindacato di legittimità dell'autorità giudiziaria³⁰⁰.

Non pare, difatti, condivisibile la tesi che vorrebbe dimostrare l'inapplicabilità della *bjr* alla (sola) fase della predisposizione degli assetti societari sulla scorta della considerazione per cui, rappresentando momento di mera organizzazione dell'impresa, non implicherebbe il compimento di nessun atto di gestione in senso stretto, cui soltanto potrebbe legittimamente opporsi il limite dell'indebita ingerenza in una scelta di esclusiva competenza degli

²⁹⁹ Sulla distinzione tra obblighi a contenuto generale e obblighi a contenuto specifico, v. Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Mass. giur. it.*, 2004 e in *Soc.*, 2004, 1517, con nota di FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*. In dottrina, tra i tanti, BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, in Colombo e Portale (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, 4, Torino, 1994, 334 ss..

³⁰⁰ MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività di impresa*, cit., 739; MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 65; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 1025.

amministratori³⁰¹.

Così argomentando, i sostenitori di tale tesi ricavano ulteriormente che sarebbe possibile dedurre un inadempimento del *duty to monitor* solo ove gli amministratori, compresi i deleganti, abbiano omesso del tutto di predisporre ed implementare assetti organizzativi, amministrativi e contabili, pur nella piena consapevolezza della loro doverosità, ma non anche qualora gli assetti si rilevino, *ex post*, inadeguati, operando in tal caso il limite di sindacabilità proprio della *business judgment rule*³⁰².

Epperò, anche a voler prescindere dalla attuale valenza della distinzione tra “atti di gestione” e “atti di organizzazione”, tale impostazione omette di considerare in debito conto che il momento organizzativo rappresenta pur sempre una delle fasi in cui si dipana l’attività di gestione dell’impresa, fase tra l’altro che, a seguito dell’analizzato processo di amministrativizzazione dell’*agere* societario, non può certo dirsi secondario³⁰³.

In tal senso si collocano, del resto, le conclusioni della maggioritaria dottrina³⁰⁴, per la quale non merita accoglimento la differente opinione³⁰⁵ secondo cui, rispetto alla distinta ipotesi di assoluta noncuranza, da parte degli amministratori, dell’esigenza di

³⁰¹ Cfr. POLI, sub *art.* 2380, in Maffei Alberti (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, 474.

³⁰² Cfr. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, *cit.*, 723 s.

³⁰³ Cfr. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, *cit.*, 13 s.; PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle banche*, tesi di dottorato (Università di Milano, a.a. 2012/2013), 92 s.

³⁰⁴ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, *cit.*, 85 ss.; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell’attività di impresa*, *cit.*, 739; MERUZZI, *L’adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, *op. cit.*, 65; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, *cit.*, 1016 s.

³⁰⁵ KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, *cit.*, 726.

approntare tali assetti - ritenuta pacificamente fonte di responsabilità - la scelta deliberata di ritenerli non essenziali sarebbe sanzionabile solo se dipendente da un difetto di diligenza e, in quanto tale, protetta dalla *bjr*.

Si ritiene, al contrario, che il giudice potrà sindacare tale scelta sia perché contrastante con un obbligo specifico attinente alla legalità della gestione, sia perché, in ambito bancario soprattutto, la natura dell'impresa è un dato oggettivo e per così dire già tipizzato, così come le dimensioni della stessa rappresentano elemento facilmente individuabile sulla base delle tecniche dell'organizzazione aziendale³⁰⁶, di parametri dettati dalla legge e dalla regolamentazione di settore.

Peraltro, non si dimentichi che la *bjr* può trovare applicazione solo rispetto a decisioni propriamente gestorie, ovverosia rispetto a «*comportamenti e scelte che non sono imposti da norme giuridicamente impegnative*»³⁰⁷ assunte in presenza di rischi o anche solo incertezze sul loro esito, nel contesto delle quali vengono in rilievo i canoni della razionalità economica e della ragionevolezza³⁰⁸.

Rischi ovvero incertezze che non possono profilarsi laddove l'organo gestorio sia chiamato ad ottemperare ad un obbligo specifico di legge³⁰⁹, con la conseguenza che, in tali ipotesi, il limite di sindacabilità di cui alla *bjr* non potrà coprire il relativo

³⁰⁶ MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 58; AMATUCCI, op.ult. cit., 1026.

³⁰⁷ Cfr. ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, cit., 40 s.

³⁰⁸ AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in Irrera (a cura di) *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 102; KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725 s.

³⁰⁹ ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 685 s.; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, cit., 2010, 739 ss.; contra, VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, cit., 139 s.

inadempimento dedotto in giudizio.

3. Assetti inadeguati e responsabilità degli amministratori

Certamente più complesso il quadro delle responsabilità per il caso in cui l'assetto (in tal caso effettivamente) predisposto dagli amministratori ed adottato dall'impresa bancaria si riveli, ad una valutazione postuma, inadeguato.

Nell'ambito del sistema societario comune, tale fattispecie è interpretata alla stregua dell'errore di gestione, in quanto qualificata come scelta assunta in spregio agli *standards* della diligenza e dell'azione informata³¹⁰, cui deve parametrarsi l'ufficio amministrativo.

Lì, difatti, giammai potrebbe configurarsi a carico degli amministratori la violazione di un obbligo specifico³¹¹, con le conseguenze su descritte in punto di responsabilità gestoria, dal momento che questi ultimi hanno puntualmente adempiuto all'obbligo specifico di curare la predisposizione di assetti, il cui grado di adeguatezza è rimesso, *ex art. 2381, comma 5, c.c.*, al loro preliminare e discrezionale apprezzamento della speciale natura e dimensione dell'ente societario amministrato.

Con la conseguenza, accolta unanimemente, che solo nel caso in cui la strutturazione di assetti non adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa dipenda da un difetto di diligenza potrà

³¹⁰ KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, cit.*, 725 secondo cui «il ricorso agli standars della diligenza e (adesso anche) dell'azione informata continua a risultare necessario nel caso in cui la condotta tenuta dagli amministratori non si configuri come violazione delle descritte rules, ma assuma i controversi (e controvertibili) contorni dell'errore di gestione». Sul punto, v. anche, DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: la valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, in *Giur. Comm.*, 2004, I, 555 ss. e SCHLAG, *Rules and Standards*, in *UCLA L. Rev.*, 379, 1885, 5 s.

³¹¹ IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, cit.*, 84 si esprime in termini di dovere a «contenuto aperto» ovvero di norma in bianco.

ritenersi sussistente sia la sindacabilità da parte del giudice dell'atto omissivo compiuto dagli amministratori, sia la loro consequenziale responsabilità³¹².

L'operato amministrativo diviene cioè, in queste ipotesi, eccepibile solo in caso di manifesta sua irragionevolezza³¹³.

In sede giudiziale, il giudice sarà pertanto chiamato a ricostruire la scelta compiuta dagli amministratori valutando le diverse alternative loro astrattamente disponibili nella concreta situazione di fatto, tenuto conto della natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze, al fine di verificare, con il proverbiale senno di poi, se la decisione assunta in punto di adeguatezza, possa dirsi conforme agli *standards* prescritti sulla base di un criterio di naturale consequenzialità, nonché di razionalità economica.

Come è ovvio, sussumere la violazione in parola nell'ambito della più generale fattispecie di responsabilità per inosservanza di un dovere generico (tramite, perciò, il ricorso al criterio della diligenza) comporta non limitate ricadute anche sul piano procedurale³¹⁴: in tal caso incomberà sull'attore che lamenta l'asserito danno dimostrare, oltre che la condotta causativa del danno ed il nesso causale, anche la

³¹² RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 956 s.; KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725.

³¹³ RABITTI, *op.ult.cit.*, 958; ANGELICI, *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, cit., 122 s; VISENTINI, *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario*, cit., 383 s.; DE NICOLA, sub art. 2392, cit., 557; in giurisprudenza, Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Mass. Giust. civ.*, 2013; Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit.; Cass., 24 aprile 1997, n. 3652, in *Foro it.*, 1998, I, 3247; Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in *Giur. comm.*, 2010, II, 121, con nota di CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*.

³¹⁴ In caso di violazione di obblighi a contenuto generico l'accertamento dell'eventuale responsabilità dell'amministratore inadempiente impone un'opera ricostruttiva che, come efficacemente evidenziato da CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, 214, è volta «a) a determinare preliminarmente i canoni generali di comportamento e la "normalità" della fattispecie; aa) ad applicare il comportamento conforme in astratto alla fattispecie; aaa) per individuare dal raffronto con gli eventi la deviazione nel comportamento dell'amministratore stesso».

colpevolezza in capo agli amministratori, procedendo ad una dettagliata ed assai onerosa ricostruzione volta a individuare quale assetto, viceversa, poteva ritenersi adeguato al caso concreto³¹⁵.

E che, in tale fattispecie, tale percorso sia quello da preferire non è qui revocato in dubbio: la clausola dell'adeguatezza si configura, nel sistema di diritto "comune", data la sua natura indeterminata, come ampiamente visto nel Cap. I, quale concetto intrinsecamente relazionale, ed, in quanto tale, non in grado di offrire una soluzione univoca al quesito «circa il confine tra adempimento e inadempimento dell'obbligo relativo alla cura o alla valutazione degli assetti interni»³¹⁶.

E' necessario, pertanto, ricorrere a fonti esterne e per così dire metagiuridiche, e precipuamente alle scienze aziendali ed alle *best practices*, per riempire di contenuto il parametro dell'adeguatezza e così dimostrare in giudizio la non conformità tra modelli adottati e assetti adottabili.

Ed è immediatamente intuibile, come comprovano le differenti opinioni dottrinarie e giurisprudenziali sul punto, come siffatta dimostrazione non sia certo agevole e quanto sia labile il confine tra scelta organizzativa e scelta imprenditoriale, con l'allargamento delle

³¹⁵ Cfr. BEVIVINO, *Responsabilità degli amministratori: tra vincoli giuridici e obblighi sociali*, in *RDS*, 2013, 646 s.; CESIANO, *L'applicazione della «Business Judgment Rule» nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 941, secondo il quale «gli assetti possono essere impiegati, nell'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, quale termine di "raffronto" per giudicare nel merito il comportamento degli amministratori rispetto agli obblighi specifici che si assumono violati». V. anche, DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 80, per il quale «il giudice dovrà verificare l'inadeguatezza degli assetti sulla base di una non agevole dimostrazione di non conformità tra modelli adottati e assetti adottabili, evitando, da un lato, di compiere una valutazione di merito sulle scelte organizzative (così violando la regola della business judgment rule), dall'altro, di svolgere un solo controllo formale fondato sulla verifica del rispetto dei protocolli di operatività esistenti».

³¹⁶ MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., 736. Dello stesso avviso, DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 69.

maglie di applicabilità della *safe harbour* costituita dalla *bjr*.

Invero, alla stregua della decisione di non predisporre affatto assetti interni, è stato da alcuni sostenuto che qualora questi ultimi, pur predisposti, si siano invece rivelati inadeguati «*l'imputazione della responsabilità dipenderà dalla verifica della conformità o meno della condotta gestoria, oltre che al generico dovere di diligenza, anche a quello di azione informata*»³¹⁷.

Pertanto, stando a tale interpretazione, soltanto se la decisione di non predisporre degli assetti interni o di strutturarne di inadeguati sia dipesa da un «*difetto di diligenza, potrà essere perforato lo schermo della scusabilità dell'errore gestorio*»³¹⁸.

Diversamente, opererà la *bjr*.

Ciò sulla scorta della considerazione per cui le decisioni in ordine alla cura da parte dei delegati ed alla valutazione da parte dei deleganti degli assetti possiedono quei requisiti lucidamente individuati in «*comportamenti e scelte che non sono imposti da norme giuridicamente impegnative*», che implicano o possono implicare «*una scelta e selezione fra gli interessi che nell'impresa rilevano e contribuiscono alla sua funzione produttiva, si potrebbe dire alla sua efficienza*»³¹⁹.

In altri termini, se la decisione di strutturare in un certo modo gli assetti risulterà, ad una analisi postuma, osservante il procedimento, le cautele e le verifiche (ovverosia, il processo di *decision-making* si riveli perfettamente funzionante³²⁰), essa, siccome rispettosa dei criteri

³¹⁷ KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, cit., 725 ss.

³¹⁸ IVI.

³¹⁹ ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in Cicu e Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da Mengoni e Schlesinger, Milano, 2012, 407.

³²⁰ In tal senso, IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, cit., 89 secondo cui «*le scelte di gestione che abbiano causato danni al patrimonio della società comporteranno la responsabilità degli amministratori qualora il processo di decision-making sia risultato "difettoso"*»;

applicativi della *bjr*, sarà inattaccabile.

Altro orientamento³²¹, viceversa, sostiene che la predisposizione di assetti inadeguati integra, per gli amministratori di società di capitali, la violazione di un obbligo predeterminato³²², «*sanzionabile di per sé e non soltanto in quanto riconnessa al verificarsi di altri inadempimenti*»³²³, con la conseguenza che essa non può essere protetta dalla *bjr*.

Conclusione questa argomentata anche da altra dottrina, per la quale il sindacato sui giudizi relativi alla cura e alla valutazione degli assetti, «*rientra a pieno titolo nel controllo sull'adempimento dei doveri degli amministratori. A questo controllo, al quale il giudice è tenuto ogni qual volta sia chiamato a valutare la legalità dell'operato degli amministratori al fine di accertarne la responsabilità, non possono essere posti limiti derivanti dalla BJR*»³²⁴.

In ambito bancario, invece, pare possibile sgomberare il campo dal dibattito sopra accennato e fornire alcune suggestioni volte a ricostruire il sistema della responsabilità civile da *deficit* organizzativo, ed in particolare da inadeguatezza del Sistema di Controllo Interno, in termini diversi rispetto a quanto brevemente richiamato avvenire nel contesto del diritto societario comune.

qualora – invece – si constati la presenza e il funzionamento di idonei assetti e procedure, gli amministratori andranno esenti da responsabilità».

³²¹ DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, in Amatucci (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, Milano, 2014, 45 s.

³²² In linea con quanto affermato espressamente dalla *Relazione governativa* al D.Lgs. 6/2003, in part. §6, III, 4, consultabile in VIETTI, AULETTA, LO CASCIO, TOMBARI, ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006, 227, secondo cui il criterio dell'adeguatezza di cui all'art. 2381 c.c. costituisce uno specifico obbligo ben individuato.

³²³ MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata*, cit., 449.

³²⁴ SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, cit., 309.

Nell'ambito della presente indagine si è già messo in luce (cfr. cap. II) come, nel settore bancario, il legislatore intervenga d'imperio a riempire di contenuto la clausola dell'adeguatezza, eteroconformando l'organizzazione che l'impresa bancaria deve implementare per potersi considerare idonea all'esercizio dell'attività protetta, secondo i canoni della sana e prudente gestione.

Diversamente da quanto avviene nel campo del diritto comune, nell'ordinamento bancario il criterio dell'adeguatezza pare, cioè, trovare una puntuale regolazione di dettaglio³²⁵, assunta dalle autorità di vigilanza di settore a parametro di valutazione del modello di *governance* societaria adottato dall'impresa, in relazione agli obiettivi tipici della vigilanza³²⁶.

Se così è, come invero non pare dubitabile, ne consegue che la predisposizione di assetti rilevatesi poi inadeguati non costituisce mera violazione degli *standards* di diligenza imposti all'amministratore di banca (seppur rafforzati), ma, al contrario,

³²⁵ LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, cit., 323 s., secondo cui la clausola generale dell'adeguatezza perde, nel settore considerato, parte della sua astrattezza e acquisisce maggiore definizione; RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 967; DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, cit., 79, che, nel vigore delle precedenti Disposizioni di Vigilanza, già evidenziava come «gli assetti nei settori speciali possano inoltre reputarsi adeguati quando sono conformi alle norme comportamentali dettate in quello specifico ambito, ai principi di quell'ordinamento settoriale ed agli obiettivi che lo stesso si prefigge».

³²⁶ RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 967; SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 148 s.; MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 632 ss. secondo cui «il legislatore speciale sta tuttavia dando dimostrazione dell'esistenza di elementi insopprimibili di «specialità», appunto che si manifestano nella predilezione della certezza del diritto positivo (e l'uso di una disciplina di dettaglio) rispetto all'ampiezza che lascia invece il principio generale di corretta amministrazione e di adeguatezza» preferendo «l'uso del diritto scritto, piuttosto che fare affidamento a regole implicite in un principio generale, per la delicatezza stessa della questione: al buon agere amministrativo bancario non può assolutamente darsi il beneficio della corretta interpretazione e declinazione del dovere organizzativo da parte degli amministratori medesimi».

rappresenta, al pari di quanto avviene in caso di assoluta carenza di assetti, violazione di un obbligo specifico, con le conseguenze sopra descritte in tema di prova e di scusabilità dell'errore.

Si intende qui assumere, in sostanza, che le scelte volte ad assicurare l'adeguatezza dell'assetto dell'impresa bancaria non vanno configurate come scelte gestionali, rimesse alla determinazione discrezionale degli organi che esprimono la funzione imprenditoriale, bensì come doveri specifici imposti dalla normativa di settore, come tali rientranti tra i doveri *ex art. 2392*, comma 1, c.c..

In virtù dei fini ordinamentali che la società bancaria deve perseguire³²⁷, il legislatore, come si è ampiamente evidenziato, impone una dettagliata regolazione dell'organizzazione interna, cui fa da contraltare una riduzione del potere discrezionale dei gestori anche nell'ambito di scelte che, nel settore comune, sono tipicamente rimesse all'autonomia contrattuale³²⁸, *in primis* quelle relative alla gestione del rischio.

Autonomia gestoria che risulta ulteriormente (se non interamente) compressa nel caso di attivazione da parte di Banca di Italia dei poteri, previsti dall'art. 53-*bis* lettera a) T.U.B., di convocazione degli organi sociali e di formulazione di proposte circa l'assunzione di determinate deliberazioni, ovvero nel caso in cui le decisioni del Consiglio in tema di organizzazione interna siano state indirizzate o imposte dall'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'art. 53-

³²⁷ CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2011, 11; SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, cit., 146; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo*, cit., 728 s.; FIAMMA, sub. Art. 53, 1° co., lett. d), in Costa (a cura di), *Commento al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2013, 584; MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 633.

³²⁸ Sulla compressione della discrezionalità sul piano dell'autonomia statutaria delle banche, PORTALE, *La corporate governance delle banche*, cit., 58; MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 646 s.

bis, lettera d) T.U.B.³²⁹, per il tramite di provvedimenti dalla spiccata funzione conformatrice dell'attività³³⁰.

Come efficacemente sostenuto, tale compressione trova giustificazione nella circostanza per cui è «*la sana e prudente gestione a rappresentare il nuovo paradigma per la concretizzazione dell'interesse sociale*» delle banche, divenendo quindi tale principio, il vero e proprio limite alla discrezionalità operativa degli amministratori³³¹.

Si fa riferimento, tra le altre, alle norme contenute nelle Disposizioni di Vigilanza che impongono stringenti requisiti in tema di competenza e professionalità dei soggetti responsabili delle funzioni aziendali di controllo, nonché in punto di separazione delle tre diverse linee riconducibili a tali funzioni e l'affidamento dei vari compiti a soggetti differenti, allo scopo di garantire autonomia e indipendenza della funzione.

L'intensità dei doveri al cui assolvimento sono chiamati gli amministratori di banca finisce, d'altronde, sia per connotare soggettivamente l'ufficio amministrativo - il quale può essere

³²⁹ Articolo che, sotto la rubrica "*Poteri di intervento*", consente alla Banca di Italia, di adottare, per le materie indicate nell'articolo 53, comma 1 (tra cui rientrano pure il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile ed i controlli interni), ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di una o più banche o dell'intero sistema bancario.

³³⁰ Così espressamente qualificati da GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance bancaria*, cit., 270, secondo cui può, in tali casi, «*legittimamente porsi il dubbio che i provvedimenti adottati da quest'ultima assumano rilievo quali circostanze che consentono agli amministratori di dimostrare, in coerenza con il principio generale dell'art. 1218 c.c., che l'inadempimento agli obblighi nascenti dal mandato gestorio consegue all'impossibilità sopravvenuta della prestazione dipendente da un fatto - riconducibile, se si vuole, al paradigma del factum principis - ad essi non imputabili*».

³³¹ *Ibidem*, 255 e 267 s., secondo cui «*sembra effettivamente legittimo chiedersi se il distacco che si realizza rispetto al diritto societario comune proprio in punto di individuazione degli interessi alla cui cura deve orientarsi l'azione degli amministratori non imponga di ripensare il criterio di imputazione della responsabilità, e soprattutto non solleciti ad una rimediazione della stessa portata applicativa della business judgment rule*».

ricoperto esclusivamente da soggetti dotati di specifici requisiti di professionalità, specificati dall'art. 26 T.U.B. - sia per intensificare il grado di diligenza loro richiesto rispetto a quanto è dato riscontrare nelle altre società di diritto comune, declinando in concreto le modalità di corretto adempimento della loro prestazione professionale³³².

Pertanto, viste le considerazioni sopra sviluppate, pare possibile ipotizzare che, in tale settore, diversamente da quanto avviene nelle società "comuni", il dovere di predisporre assetti adeguati si connota quale dovere a contenuto specifico.

A tale impostazione consegue un evidente riflesso sulle regole di affermazione della responsabilità da inadempimento: la violazione del dovere di curare e valutare l'adeguatezza dell'assetto attuato diviene causa di responsabilità gestoria *ex se* e non soltanto quando gli assetti come concretamente ideati ed attuati si rilevano, *ex post*, inadeguati ed irragionevoli.

Mentre nell'ambito del diritto comune, l'accertamento della responsabilità da *deficit* organizzativo suppone che si chiarisca preventivamente in sede giudiziaria, il «risultato dovuto dagli amministratori»³³³, anche per il tramite del ricorso a fonti metagiuridiche (quali, *in primis*, la *soft law*), nell'ambito della nostra indagine, il giudizio di conformità o difformità si risolverà nell'attuare il confronto tra il comportamento concretamente assunto ed il modello di condotta delineato nelle Disposizioni di Vigilanza³³⁴, equiparate,

³³² Sul punto, per un'ampia disamina della regola di diligenza degli amministratori di banca, RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 967 s., in part. 970 ove l'A. afferma che «agli amministratori di banca è richiesta competenza, professionalità, capacità di visione strategica e autonomia di giudizio».

³³³ *Ibidem*, 957.

³³⁴ Sul punto, cfr. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, 1992, 4, secondo cui l'accertamento della responsabilità per violazione degli obblighi specifici «è facilitato in quanto è sufficiente provare

per come già visto, quanto alla loro portata precettiva, a vere e proprie norme di legge³³⁵.

In tal caso, perciò, la responsabilità può essere esclusa solo nell'ipotesi prevista dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata, né superata con la diligenza richiesta all'amministratore bancario, diligenza, si è anticipato, rafforzata ed intensificata rispetto al sistema comune, e che, in tale settore, cessa di essere clausola generale integrativa della condotta richiesta agli amministratori anche sul piano, differente, della predisposizione di idonei presidi organizzativi volti a governare i rischi insiti nella gestione della società bancaria.

Ne deriva che saranno gli organi societari a dover provare, in base alla natura dell'incarico esecutivo o non esecutivo assunto, o di aver correttamente valutato e censito i rischi tipici della specifica realtà di impresa che gestiscono, «*individuati gli indicatori di allerta per singoli rischi, disciplinata la funzione di reporting, specificati i meccanismi di reazione*»³³⁶, ovvero che l'inadempimento agli obblighi derivanti dal mandato gestorio consegue all'impossibilità sopravvenuta della prestazione dipendente da un fatto ad essi non imputabile.

D'altra parte, non può che convenirsi con la conclusione secondo cui «*quando un evento dannoso consegue alla violazione dei doveri neppure si pone un problema di valutare la decisione in concreto adottata: ragione di responsabilità è la violazione stessa e per affermarla è sufficiente il nesso di causalità con il danno*»³³⁷.

– per affermare la responsabilità – che l'amministratore non ha tenuto il comportamento previsto dalla legge».

³³⁵ Diversamente da quanto avviene nel diritto comune, per cui v. nt. 314 e nt. 315.

³³⁶ MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 42 ss.

³³⁷ ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, cit., 406.

Paiono confermare la “tenuta” (si passi il termine) delle considerazioni sin ora formulate le previsioni contenute nel disegno di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017, n. 3671-*bis* di riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza (c.d. riforma Rordorf), imperniata sulla logica dell’*emerging solvency*.

In particolare, il criterio di delega di cui all’art. 14, lett. b) della summenzionata riforma prevede una rilevante modifica del codice civile con l’introduzione della espressa previsione di un dovere dell’imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale.

La tendenza che emerge dal progetto di riforma e dai lavori che ne sono alla base è nel senso di declinare i doveri di rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale non già come obblighi emergenti nella fase della crisi già in atto, ma in un momento antecedente e tempestivo, al fine espresso di prevenzione della stessa.

In maniera assai chiara e conducente rispetto a quanto sin ora messo in evidenza, la relazione di accompagnamento alla L. 19 ottobre 2017, n. 155, recante "*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*" (c.d. legge delega Rordorf) precisa come "*l’urgenza di un intervento in questa direzione è attestata dai recenti studi empirici, dai quali emerge un quadro allarmante sull’incapacità delle imprese italiane –per lo più medie o piccole imprese – di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività: sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell’imprenditore, debolezza degli assetti di corporate governance, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione anche a breve termine*".

Come recentemente rilevato, tale «*mutazione di rotta verrebbe in effetti canonizzata con la modifica indicata del codice civile e con l’inserimento del dovere di adottare adeguati assetti organizzati per questa specifica finalità, a livello di norma primaria e generale*»³³⁸, con la conseguenza che sugli organi societari incomberebbe, anche in tal caso e nell’ambito dello stesso diritto societario comune, un dovere a contenuto specifico, che si sostanzia nell’obbligo di rilevare in termini per l’appunto specifici la crisi e di adozione, consequenziale, degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi stessa, pena la responsabilità gestoria degli amministratori.

Il legislatore delegante sembra cioè, anche nel contesto delle società diritto comune, proprio in virtù della “nuova” duplice dimensione finalistica attribuita agli assetti organizzativi, riempire di contenuto specifico la “norma in bianco” di cui all’art. 2381, comma 5, c.c.

La mancanza ovvero l’inadeguatezza di assetti organizzativi per la crisi, potrebbe perciò integrare una violazione di un dovere speciale, rispetto al quale sarebbe invocabile soltanto l’esimente di cui all’art. 1218 c.c. : «*agli organi gestori in definitiva si chiede non una generica garanzia che attraverso la struttura organizzativa si attuino i principi di corretta amministrazione societaria; ma che in termini specifici venga rilevata tempestivamente la crisi e vengano adottati gli strumenti approntati dall’ordinamento (...) rendendo speciale quello che nell’attuale impianto codicistico appare come dovere di carattere generale*».

Anche in questo caso, conseguentemente, parrebbero atteggiarsi in maniera differente le conseguenze in punto di affermazione della

³³⁸ Cfr. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. Soc.*, 2017, 326, ove un’ampia trattazione, anche in chiave comparatista, della responsabilità gestoria da *deficit* organizzativo con riferimento alla crisi di impresa.

relativa responsabilità.

Passando dal piano della violazione di una clausola generale (con la conseguente necessità per il giudice di individuare la regola del caso concreto ovvero enucleare lo *standard* di diligenza astrattamente necessario, cui gli amministratori avrebbero dovuto adeguarsi) al piano, opposto, della violazione di una clausola speciale, si assisterebbe parallelamente ad una rilevante trasformazione del sindacato giudiziale: in tal caso, il giudice non sarà chiamato ad una (complessa) opera di specificazione degli *standards* applicabili al caso sottoposto al suo esame, ma soltanto ad accertare l'assoluta mancanza di organizzazione o la sua inidoneità a raggiungere gli scopi espressamente dichiarati dal legislatore stesso.

3.1. (Segue) Responsabilità degli amministratori non esecutivi

In questa prospettiva, vengono pure in rilievo la posizione e la relativa responsabilità degli organi deleganti, i quali, nella ripartizione delle competenze gestorie di diritto comune, hanno, come noto, un diffuso e costante dovere di vigilanza con riguardo al profilo della configurazione degli assetti adeguati, rispetto al quale il *plenum* consiliare mantiene un ineliminabile potere-dovere valutativo, nonché la generale facoltà di avocazione delle scelte gestorie.

In questi termini intesa, la responsabilità per violazione del criterio di adeguatezza degli assetti ascrivibile agli amministratori deleganti delle società comuni si risolve nei fatti in una responsabilità per violazione del dovere di agire in modo informato. Ed alla relativa prova liberatoria dovrà farsi riferimento per essere esonerati da responsabilità.

La violazione del dovere di vigilanza assumerà, pertanto, rilievo, in termini risarcitori, ove il danno subito dalla società sia conseguenza diretta e immediata di una inadeguatezza organizzativa,

amministrativa o contabile dinanzi alla quale, colposamente o dolosamente, il *plenum* consiliare non abbia attivato i poteri-doveri che la legge specificatamente gli attribuisce in tali ipotesi³³⁹.

Come da alcuni sostenuto, si tratta di «*uno dei fattori di maggior novità del regime di governance interna societaria*», da cui nel contesto disciplinare del diritto comune si è derivato che una vera e propria *culpa in vigilando* a carico dei componenti dell'organo delegante sia riscontrabile solo relativamente «*al profilo statico del corretto adempimento del criterio di adeguatezza degli assetti e dei vari doveri a contenuto generico e specifico, previsti dalla legge o complessivamente enucleabili dall'ordinamento, che ad esso afferiscono*»³⁴⁰.

Epperò, ancora una volta, pare possibile individuare alcune considerevoli specialità nella disciplina settoriale delle società bancarie in tema di doveri dei componenti non esecutivi, i quali sono chiamati a ricoprire una posizione definita dallo stesso regolatore “*determinante per la sana e prudente gestione della banca*”, siccome chiamati a svolgere “*un'importante funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi*”³⁴¹.

³³⁹ In tal senso, IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 87 ss.

³⁴⁰ MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, op. cit., 69, ovvero sia nella misura in abbiano ommesso di vigilare sul dovere dell'organo amministrativo della società di predisporre un assetto organizzativo, amministrativo e contabile coerente con la natura e le dimensioni dell'impresa o col tipo di attività in concreto esercitata, con la sua complessità e col contesto in cui è svolta e non anche sulla concreta ed effettiva attuazione dei presidi organizzativi e contabili configurati (qualificato dallo stesso Autore come profilo *dinamico* dell'adeguatezza).

³⁴¹ Così la Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §1. Diversamente da quanto affermato nella versione del 2008, le attuali Disposizioni definiscono la componente non esecutiva in via residuale, stabilendo espressamente che sono esecutivi e, perciò, 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*

Nel settore speciale, è dato inoltre riscontrare un netto rafforzamento della compagine delegante del c.d.a. anche nel senso di un ampliamento e di una specificazione dell'attività di *monitoring* tipicamente attribuitagli dall'art 2381, comma 5, c.c.³⁴², con il riconoscimento di un potere-dovere di vigilanza ampliato e assai penetrante sull'agire dei delegati³⁴³.

Con manifeste ripercussioni sul piano dell'affermazione della loro responsabilità omissiva³⁴⁴.

In dettaglio, la valorizzazione del ruolo dei componenti deleganti si coglie (i) sia con riferimento alla predisposizione di adeguati Sistemi di Controllo Interno (ii) sia, più in generale, in relazione alle dinamiche in cui concretamente si dispiegano i rapporti endo-consiliari.

Con riferimento al primo profilo, basti rammentare quanto statuito al Titolo IV, Sezione III, par. 2.2 della Circolare 285 che dopo

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 banca". Così, Circ. 285/2013, Parte Prima, Titolo IV, Cap. 1, Sez. I, §3.

³⁴² CAGNASSO-RIGANTI, *L'obbligo di agire in modo informato a carico dei deleganti*, cit., 388 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, cit., 19 s.; MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 707 ss.; PORTALE, *op.ult.cit.*, 48 ss.; DESARIO, *La responsabilità degli amministratori di banche: esecutivi e non esecutivi*, in *Bancaria*, 2016, 56 ss.

³⁴³ In tal modo, accogliendo le indicazioni della più attenta dottrina che da tempo auspicava una rimodulazione della funzione di controllo assegnata all'organo amministrativo e, al suo interno, di quella di vigilanza ricoperta dalla componente delegante, non già cioè come attività di riscontro successivo e tendenzialmente sanzionatorio, quanto piuttosto fattivamente coinvolte nella fase di predisposizione e attuazione delle politiche di gestione del rischio.

³⁴⁴ Su cui, recentemente, Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, cit., Sempre in tema, si veda, Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, in www.dirittoegiustizia.it, con nota di TANTALO, *Gli amministratori di banca rispondono degli illeciti in modo del tutto automatico?*; nonché, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, con nota di PATTI, *Il dovere degli amministratori senza delega di agire in modo informato* e in *Giur. comm.*, 2017, III, 549 con nota di RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non delegati di banca: verso un'irresponsabile allocazione delle responsabilità?*; Cass., 25 novembre 2015, n. 24048, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass., 7 settembre 2016, n. 17687, in dejure.giuffrè.it.

aver rilevato (lettera d) la necessità che il contenuto delle deleghe sia determinato “*in modo analitico, ed essere caratterizzato da chiarezza e precisione, anche nell’indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio*”, afferma:

- (lettera b) che è rimessa alla competenza esclusiva del Consiglio non già la semplice valutazione dell’adeguatezza dell’assetto nel modo già predisposto dagli organi delegati, come prescrive l’art. 2381, comma 3, c.c., ma la stessa approvazione dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile;

- (lettera e) la maggiore ampiezza delle funzioni non delegabili³⁴⁵ rispetto a quanto previsto nel diritto societario comune, annoverando anche l’obbligo per il *plenum* di predisposizione dei piani strategici, obbligo che, come noto, nelle società di diritto comune è rimesso all’organo delegato, con la mera facoltà per il Consiglio di un esame postumo dei piani effettivamente elaborati.

Ancora, la regolamentazione di settore dedicata al Sistema dei Controlli Interni impone al Consiglio di Amministrazione, si badi bene, nel suo complesso, di approvare gli orientamenti strategici e le politiche di gestione di rischi, mantenendo in costante considerazione i rischi ai quali la banca si espone³⁴⁶, con la conseguenza che il dovere dei non esecutivi di agire in maniera informata non è rimesso alle mere segnalazioni provenienti dalle componenti delegate, essendo richiesto a questi, al contrario di quanto avviene nel diritto comune, di possedere una costante ed adeguata conoscenza del *business*

³⁴⁵ Inoltre, all’organo con funzione di supervisione strategica spettano la nomina e la revoca del direttore generale; l’assunzione e la cessione di partecipazioni strategiche; l’approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni; l’eventuale costituzione di comitati interni agli organi aziendali; la nomina e la revoca dei responsabili delle funzioni di revisione interna, di conformità e di controllo dei rischi.

³⁴⁶ Sul punto v. Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, *cit.*

bancario³⁴⁷.

Conseguentemente, anche i non esecutivi, nell'ambito bancario, possono essere chiamati a rispondere, nei termini e nelle modalità indagate *supra*, del danno patito dalla società, dai creditori e dai terzi a causa di un riscontrato *deficit* organizzativo. In questi termini intesa, la responsabilità per violazione del criterio di adeguatezza degli assetti ascrivibile agli amministratori deleganti delle società bancarie non è circoscrivibile alla sola responsabilità per violazione del dovere di agire in modo informato, che pur sempre viene in rilievo.

Difatti, come anticipato, anche in relazione al secondo dei due profili evidenziati, le Disposizioni rivedono, integrandolo e talvolta derogandolo, il dettato codicistico di riferimento, tramite un rilevante ampliamento degli strumenti di informazione di cui gli amministratori deleganti possono (*rectius*, devono) avvalersi.

Si fa qui riferimento alle norme regolamentari che impongono ai non esecutivi di “*acquire, 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*”³⁴⁸: costoro, cioè, dovranno, nel caso in cui i comitati interni siano costituiti, richiedere a questi ultimi le informazioni ritenute necessari, ma nel caso in cui tali comitati non siano istituiti (come nel caso di banche di minore complessità operativa) ricade sui componenti non esecutivi un vero e proprio dovere di accedere direttamente e senza tramite alcuno alle informazioni sulla gestione dell'impresa bancaria dal *management*, dalla revisione interna e dalle altre funzioni aziendali di controllo³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. Cass., 5 febbraio. 2013, n. 2739, in *Foro it.*, 2013, I, 2577 e in *Giur. comm.*, 2015, II, 27 s., ampiamente commentata da RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, cit., 897 ss. Conforme, Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, cit.

³⁴⁸ Così la Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.2.

³⁴⁹ DE PRA, *op.cit.*, 587, per il quale si tratta di una «*innovazione di assoluta*

Ciò detto, è facile rilevare come le norme appena riportate pongano una particolare enfasi sul ruolo dei componenti non esecutivi degli organi di supervisione e di gestione, che vengono in questo modo fortemente valorizzati³⁵⁰.

Dinnanzi a tale dettato regolamentare, mentre vi è chi ha evidenziato con allarme la sua potenziale attitudine a «*rinvigorire la posizione (e la funzione di vigilanza) dei deleganti*» a tal punto «*da apparire finanche in dissonanza con lo schematismo tipico dell'art. 2381 c.c. e con il correlato regime allocativo delle responsabilità di cui all'art. 2392 c.c.*»³⁵¹, il trend che si coglie nella più recente giurisprudenza di merito e legittimità³⁵² è nel senso di ritenere gli amministratori deleganti chiamati ad operare un diffuso controllo attivo sugli organi delegati, atteso che questi ultimi operano per conto dell'organo collegiale.

Si legge in tali pronunce come il dovere di attivarsi sia legato, nella sua concreta operatività, non tanto alle segnalazioni provenienti dagli amministratori deleganti, quanto piuttosto alla necessaria e

importanza che si pone in controtendenza rispetto alla diffusa interpretazione dell'art. 2381, comma 6, c.c., per cui è precluso ai singoli amministratori non esecutivi (o deleganti) di chiedere informazioni sulla gestione sociale al personale della società». MERUZZI, *L'informativa endo-societaria*, cit., 777; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, cit., 694 ss.; *contra*, ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1326, per il quale «*per le società bancarie, quindi, si mantengono le regole di "comune sentire" circa la circolazione delle informazioni, pur con un'applicazione più incisiva data la maggiore necessità di controllo dei rischi, senza però fare ricorso a deroghe all'impianto codicistico*».

³⁵⁰ REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, Liber amicorum Pietro Abadessa, cit., 2, 1121 ss.

³⁵¹ CAGNASSO-RIGANTI, *L'obbligo di agire in modo informato a carico dei deleganti*, cit., 391.

³⁵² Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, cit.; Cass., 9 novembre 2015, n. 22848, Cass., 25 novembre 2015, n. 24048, cit., Cass., 7 settembre 2016, n. 17687, cit.; App. Roma, 12 giugno 2006 e App. Roma, 25 gennaio 2007, entrambe in *Riv. dir. soc.*, 2008, 327 s., 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*.

preliminare conoscenza che tutto il *board* deve possedere del *business* bancario.

Ciò, d'altronde, pare la necessaria conseguenza dell'accentuazione del momento della collegialità che caratterizza l'amministrazione delle società bancarie³⁵³.

Così opinando, pertanto, la normativa di settore impone ai deleganti di evitare di mantenere una condotta passiva, quale cioè semplici destinatari delle informazioni fornite dagli esecutivi³⁵⁴, con la conseguenza che la *culpa in omittendo* a carico dei *non executives* non sarà riscontrabile solo relativamente al profilo statico del corretto adempimento del dovere di adeguatezza degli assetti, afferente cioè alla sola fase di predisposizione, valutazione e cura degli assetti da parte dell'organo delegato, ma anche alla fase successiva, relativa cioè alle concrete modalità applicative ed operative dei presidi organizzativi, amministrativi e contabili configurati in precedenza.

In altri termini, il potenziamento del profilo informativo, attivo e passivo, dei non esecutivi porta a concludere che gli stessi potrebbero essere facoltizzati anche *uti singuli*, in aperta contrapposizione con quanto invece prescrive la disciplina codicistica, all'esercizio di

³⁵³ Su cui si v. nt. 136.

³⁵⁴ Cfr. Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, *cit.*, secondo cui «nelle società bancarie il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante e adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipi delle decisioni assunte dall'intero consiglio (al quale è affidata l'approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell'intermediario), hanno 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 attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l'esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione».

precisi poteri di indagine diretta, se non anche di ispezione³⁵⁵ sulla gestione e sull'organizzazione aziendale³⁵⁶, anche per il tramite di un rafforzamento del rapporto dialettico con gli stessi uffici di controllo interno (ancora un volta, in deroga a quanto previsto, per le società di diritto comune dall'art. 2381, comma 6, c.c., potendo lì l'acquisizione di informazioni avvenire solo in Consiglio per il tramite dell'amministratore delegato³⁵⁷).

Ciò, come è intuibile, determina un evidente innalzamento della soglia di diligenza professionale loro richiesta³⁵⁸, da taluni apertamente criticata per il rischio sia di «*appiattimento*» delle diverse «*anime*» del c.d.a.³⁵⁹ sia, soprattutto, di una arbitraria trasformazione

³⁵⁵ Tale sembra essere la facoltà prevista dalla Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.2., laddove prescrive che i componenti non esecutivi devono «*acquisire*» informazioni sulla gestione e sull'organizzazione aziendale.

³⁵⁶ Ciò è certamente ritenuto possibile, in caso di espressa previsione statutaria da FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in Bianchini e Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 57; DE PRA, *op.cit.*, 588. Secondo MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli all'agire in modo informato*, cit., 27 non pare irragionevole ritenere che l'amministratore non esecutivo possa «*interrogare i responsabili delle funzioni di controllo interno di modo da verificare dall'operato delle strutture poste sostanzialmente "a staff" del management se gli atti gestori dei delegati mantengano fede alle strategie di rischio impresse dall'organo con funzione di supervisione strategica*». *Contra*, Riganti, cit., 35, per il quale riconoscere in capo ai deleganti il potere di ispezione diretta sulla componente esecutiva, oltre che sancire una «*troppo netta difformità con quanto disposto in tema dalla disciplina generale*» comporterebbe un depotenziamento «*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*».

³⁵⁷ ABADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, cit., 501 ss.; SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur comm.*, 2008, II, 385 ss.; CALVOSA, *Poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione*, cit., 356 ss..

³⁵⁸ Per GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance bancaria*, cit., 261, tale obbligo di vigilanza costituisce non tanto un dovere rafforzato specifico degli amministratori di banca, quanto «*soltanto la concretizzazione del dovere di diligenza loro richiesto in ragione della natura dell'incarico, secondo la formula tratteggiata dall'art. 2392 c.c. nel testo novellato*».

³⁵⁹ MONTALENTI, *La corporate governance bancaria oggi: profili generali* (testo provvisorio), Relazione al Convegno Courmayeur, 22-23 settembre 2017, *La*

della facoltà prevista in capo all'organo collegiale di impartire direttive e di avocare operazioni oggetto di delega in uno «*strumento di cui il consiglio deve necessariamente avvalersi al fine di evitare la responsabilità per omessa vigilanza sulla gestione dei rischi*»³⁶⁰.

Allo stesso modo si è sostenuto che il citato potenziamento dell'azione informativa dei deleganti li obbligherebbe ad attivarsi non già solo in presenza dei c.d. segnali d'allarme, ma anche «*in relazione ad ogni momento della vita sociale ritenuto degno di valutazione*», con conseguente riconoscimento di un incondizionato obbligo di controllo dell'attività dei delegati «*a sua volta traduttivo, mutatis mutandis, di quell'illimitato dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione di cui alla disciplina ante-riforma*»³⁶¹.

L'interprete, perciò, assisterebbe ad una preoccupante opera di oggettivizzazione della responsabilità derivante dall'incarico gestorio nelle s.p.a. bancarie, secondo uno schema capace di ricollegare il contenuto precettivo dell'art. 2392 c.c. alla semplice posizione di amministratore, rilevando la distinzione tra delegati e deleganti solo

banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre, 30 e ID, Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario, cit., 707 s., secondo cui la Cassazione «sembra appiattire 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, 6° comma), che può soltanto in consiglio chiedere informazioni, che valuta la gestione soltanto sulla base delle informazioni ricevute. Egli deve agire informato e non può certo adagiarsi in recezione passiva, ma non ha e non può avere il rapporto diretto con l'operatività aziendale e il dialogo diretto con la struttura che solo agli esecutivi compete e che fonda, dunque, una loro individuale e specifica responsabilità. Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare e che non può non riflettersi anche sul piano sanzionatorio».

³⁶⁰ BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità di colpa da parte dei singoli consiglieri*, nota a App. Roma, 12 giugno 2006 e App. Roma, 25 gennaio 2007, cit., 331.

³⁶¹ RIGANTI, *Gli amministratori non esecutivi nella governance delle banche*, Paper presentato al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma, 17-18 febbraio 2017, 25.

ed eventualmente nella fase di determinazione della diversa misura della sanzione irrogata³⁶².

Rischi, questi, che tuttavia non si ritengono effettivamente sussistenti ovvero, perlomeno, facilmente arginabili in sede giudiziaria.

Il giudice, difatti, nel caso in cui sia chiamato a valutare la posizione dei non esecutivi rispetto a violazioni dei loro doveri (in tal caso generici) nonché la loro rispettiva colpa dovrebbe pur sempre operare tenendo a mente il principio di proporzionalità, con la conseguenza che il giudizio di conformità tra la condotta tenuta e quella astrattamente dovuta nel caso concreto andrà vagliata con riferimento a tale principio, nel senso che l'omessa richiesta di informazione dovrà ritenersi immune da responsabilità ogni qual volta la stessa appaia coerente con le caratteristiche dell'oggetto del controllo, con il livello di rischiosità insito in esso, con l'inesistenza di riscontri informativi qualificabili come segnali d'allarme, oltre che con il generale livello di rischio definito *ex ante* come accettabile da quella stessa impresa bancaria.

3.2. (Segue) Amministratori non esecutivi e comitati endo-consiliari

³⁶² Cfr. Cass., 24 febbraio 2016, n. 3656, in *IlCaso.it* e Cass., 5 agosto 2016, n. 16587, in pluris-cedam.utetgiuridica.it, ove, in tema di sanzioni emanate da Banca di Italia a carico degli amministratori non esecutivi, la distinzione tra delegati e deleganti viene in rilievo non già ai fini di una differenziazione dei titoli di responsabilità, ai sensi dell'art. 2392 c.c., ma esclusivamente in sede di determinazione della diversa misura sanzionatoria. Critico rispetto a tale *trend*, Montalenti, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, cit., 707 s., e ID., *La corporate governance bancaria oggi: profili generali*, cit., 30, in part. nt. 29 e RIGANTI, , *Gli amministratori non esecutivi*, cit., 24, secondo cui si finirebbe, in tal modo, a ammettere «una tendenziale e preoccupante (oltreché 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».

Si è già anticipato che, secondo le indicazioni disciplinari di Banca di Italia, i consiglieri non esecutivi non potranno assolvere in via autonoma e diretta ai propri doveri di vigilanza nel caso di istituzione all'interno dell'ente di comitati endo-consiliari, dovendo in tal caso assumere informazioni per il tramite di tali strutture interne.

In particolare, tra i vari comitati endo-consiliari, quello c.d. controllo e rischi, composto almeno da 3-5 membri tutti non esecutivi e in maggioranza indipendenti ed obbligatoriamente istituito solo nel caso di banche di maggiori o medie dimensioni, rappresenta, nell'ottica del legislatore di settore, un fondamentale organo³⁶³ di supporto interno all'organo con funzione di supervisione strategica³⁶⁴, con funzioni tuttavia limitate al profilo istruttorio, consultivo e propositivo.

Il Comitato assiste il Consiglio di Amministrazione nella determinazione delle linee di indirizzo del Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi, nella verifica periodica della sua adeguatezza rispetto alle caratteristiche della banca e al profilo di rischio assunto nonché del suo effettivo funzionamento, assicurando altresì che i principali rischi aziendali siano identificati, adeguatamente misurati, gestiti e monitorati, determinandone il grado di compatibilità con una gestione d'impresa coerente con gli obiettivi strategici individuati, in collegamento con le funzioni aziendali

³⁶³ In tal modo li definisce DE PRA, *op.cit.*, 599 secondo cui tali comitati si distinguono dagli omologhi previsti dal codice di autodisciplina in quanto appunto «organi, sia pure consultivi, perché (...) trovano la loro legittimazione (e necessità di costituzione) in una norma primaria».

³⁶⁴ LENER., *Comitati interni e consiglieri «non sorveglianti»*, in AGE, 2007, 2, 369 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».

preposte.

Tuttavia, l'eventuale attribuzione di compiti e funzioni da parte del Consiglio di Amministrazione a tale comitato non può implicare uno svuotamento dei poteri e, quindi, delle conseguenti responsabilità in capo al *plenum* consiliare.

In tal senso, le attuali Disposizioni di Vigilanza si preoccupano di specificare, con formulazione identica alla precedente versione del 2008, che la sua istituzione non può giammai determinare alcuna “*limitazione dei poteri decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno sono costituiti*”³⁶⁵.

Vero è, sulla base di quanto evidenziato nel Capitolo II, che il comitato rischi ben potrebbe rivelarsi particolarmente attivo nella fase di predisposizione dell'assetto adeguato, individuando e proponendo, avvalendosi del comitato nomina, i responsabili delle funzioni aziendali di controllo da nominare da parte dell'organo con funzione di supervisione strategica, ma è altrettanto innegabile come la normativa di settore circoscriva in maniera assai stringente le funzioni effettivamente delegabili a tale comitato da parte del *plenum*, che rimane, in definitiva, unico referente delle attività relative all'organizzazione interna della società bancaria ed, in particolare, alla predisposizione del Sistema di Controllo Interno e del RAF.

Proprio in relazione a tale profilo, vi è chi ha già evidenziato l'emergere di alcune problematiche applicative di non limitato rilievo, conseguenti alla scarsa aderenza del dettato regolamentare rispetto all'effettiva realtà operativa di alcuni enti creditizi, specie quelle di maggiori dimensioni, ove invero i comitati endo-consiliari, in *primis* quello Rischi, assumono un ruolo chiave, che va ben oltre il mero

³⁶⁵ Circ. 285/2013, Parte Prima, Tit. IV, Cap. 1, Sez. IV, §2.3.1, lett. a, n. 1. V., sul punto, COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca di Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, 6, 1275.

supporto consultivo al consiglio.

Emblematici, in tal senso, paiono essere gli statuti della Banca Unicredit s.p.a. e della Banca Generali s.p.a., ove si riscontra una dettagliata regolamentazione dei compiti e delle funzioni di tali strutture interne con riferimento, tra l'altro al Sistema di Controllo Interno e di gestione del rischio.

In dettaglio il Comitato Rischi di Unicredit s.p.a. è statutariamente incaricato, per quanto qui di interesse, ad esprimere valutazioni e formulare pareri al Consiglio 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 di *compliance, internal audit e group risk management*, portando all'attenzione del Consiglio gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere; deve inoltre 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»*³⁶⁶.

L'ufficio interno al Consiglio di Amministrazione di Banca Generali³⁶⁷, a sua volta, supporta il primo nella determinazione degli indirizzi strategici, delle linee di indirizzo del Sistema di Controllo Interno e delle politiche di governo dei rischi, ponendo particolare

³⁶⁶ Cfr. Regolamento degli Organi Aziendali, reperibile sul sito istituzionale della Banca, ove la dettagliata elencazione degli ulteriori compiti affidati al Comitato in parola.

³⁶⁷ Oltre agli ulteriori compiti, definiti nel Regolamento del Comitato Controllo e Rischi, reperibile sul sito istituzionale della Banca.

attenzione per tutte quelle attività strumentali e necessarie affinché il Consiglio possa addivenire ad una corretta ed efficace determinazione del *Risk Appetite Framework* e delle politiche di governo dei rischi; supporta il Consiglio nella verifica periodica della adeguatezza del Sistema di Controllo Interno e di gestione dei rischi rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al profilo di rischio assunto, nonché la sua efficacia.

In altri termini, esimere il comitato in parola da qualsivoglia titolo di responsabilità per l'attività compiuta è stata tacciata quale scelta «*disattenta*» agli estremi caratterizzanti un sistema in cui tale ufficio interno svolge nei fatti una funzione nevralgica ben maggiore di quella di semplice ausiliarie del *plenum*, nei cui confronti assumerebbe una posizione «*para-delegata*»³⁶⁸, vedendosi in concreto attribuite, come evidenziato, funzioni essenziali nel processo di *decision-making*, nonché in quello di gestione dei rischi.

Con evidenti alterazioni del dettato normativo di cui all'art. 2392 c.c..

Il tema, per la sua concreta portata, non può qui essere indagato *funditus*.

Tuttavia, pare necessario rilevare come tale impostazione risulti certamente poco coerente quantomeno sotto un altro e diverso profilo.

Desta difatti preoccupazione il rischio di un evidente disparità di trattamento, in punto di affermazione di responsabilità a carico dei deleganti per violazione del dovere di agire informati, tra coloro i quali non partecipano al comitato e coloro invece che ne fanno parte.

Dinnanzi ad un sistema, quale quello sopra evidenziato, in cui il dovere di informazione attiva dei deleganti deve essere adempiuto, nel caso di loro costituzione, per il tramite delle diramazioni endo-

³⁶⁸ RIGANTI, *Gli amministratori non esecutivi, cit.*, 29.

consiliari in parola, è evidente il rischio di oggettivizzazione della responsabilità a carico delle componenti non esecutive che, non inserite all'interno di tali comitati, devono affidarsi alle informazioni offerte da coloro che invece vi partecipano e che necessariamente disporranno di un bagaglio conoscitivo ben più rilevante e diretto.

Le informazioni che tali comitati acquisiscono, per il tramite del confronto diretto con le diverse funzioni aziendali di cui sono latori, sono difatti “esternalizzate” a favore dell'intero Consiglio in maniera necessariamente sintetica e concisa, con l'evidente pericolo di asimmetrie informative tra i membri del comitato e gli altri amministratori.

Basti ipotizzare l'esistenza di carenze nello svolgimento della funzione di controllo che non abbia permesso di far emergere un c.d. segnale di allarme, carenze che si dimostrano essere dipendenti da un difetto di ispezione del comitato. In tal caso, i deleganti, che si sono affidati alle risultanze emerse in quella sede, non potranno andare esenti da una azione di responsabilità, in quanto organo che mantiene collegialmente la funzione di vigilanza.

In ragione di ciò, pare condivisibile l'opinione di quella dottrina che ha affermato la necessità di riconsiderare più attentamente i profili operativi e i compiti assegnati a tali strutture interne al c.d.a., auspicando una più corretta redistribuzione delle responsabilità per il tramite di una opportuna valorizzazione sia dell'effettivo dispiegarsi delle dinamiche endo-consiliari sia, soprattutto, della *ratio* del disposto di cui all'art. 2392 c.c., laddove precisa che la responsabilità degli amministratori debba tener conto della natura dell'incarico e delle funzioni in concreto attribuite.

Privo di coerenza, rispetto ad una corretta applicazione del sistema di responsabilità civile degli amministratori, come noto basato sul canone della colpevolezza, appare affermare, come il legislatore

fa, che l'assegnazione obbligatoria di funzioni istruttorie, consultive e di controllo a tale comitato non abbia alcuna incidenza ai fini di una graduazione delle responsabilità dei componenti dell'organo consiliare, soprattutto «*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)*»³⁶⁹.

Forse, anche in tali ipotesi, lo scenario offertoci dalla normativa secondaria potrebbe essere riportato "a sistema" solo tramite un'attenta opera di suo rimaneggiamento giudiziale: il giudice cioè, chiamato a valutare la diligenza, seppur rafforzata, dei non esecutivi, dovrebbe debitamente considerare l'eventuale istituzione, all'interno dell'ente creditizio, di tali comitati e distinguere adeguatamente il patrimonio conoscitivo acquisito o acquisibile da coloro che vi facevano parte rispetto a quello appannaggio delle componenti escluse, giungendo in tal modo ad operare una differenziazione in punto di responsabilità non soltanto sotto il mero profilo sanzionatorio.

Le funzioni demandate ai comitati costituiti all'interno del c.d.a. delle banche, d'altronde, finiscono per arricchire in senso qualitativo la speciale natura dell'incarico degli amministratori che ne fanno parte³⁷⁰, nonché a rendere assai più elevato, dal lato soggettivo, il loro

³⁶⁹ Cfr. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, cit., 26 ss.; RIGANTI, *Gli amministratori non esecutivi*, cit., 29 e 36, ove si prospetta la possibilità di ricondurre i comitati in parola «*nei perimetri della «sezione» delegata del c.d.a. delle banche*». Nello stesso senso, BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, cit., 112, il quale ritiene applicabile a tale fattispecie il regime della delega di funzioni, anche solo istruttorie e consultive, prevista dall'art. 2392 c.c.

³⁷⁰ Si veda in tal senso COSTI E VELLA, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2008, n. 62, 36, consultabile sul sito istituzionale della Banca d'Italia, secondo i quali «*l'indicazione circa l'articolazione degli organi con funzioni di supervisione strategica in comitati, non solo può contribuire nel*

doveroso *standard* di indipendenza e professionalità, con evidente innalzamento del grado di diligenza ad essi richiesto per l'adempimento delle loro funzioni.

Pertanto, affermare la loro eventuale responsabilità in ragione ed entro i limiti delle attribuzioni proprie del comitato cui fanno parte non rappresenterebbe null'altro che il risultato della corretta applicazione del disposto generale dell'art. 2392 c.c.³⁷¹.

3.3. (Segue) Responsabilità da deficit organizzativo e business judgment rule

Così ricostruito il sistema di compiti e di responsabilità degli amministratori di banca, in tema di cura degli assetti e della loro adeguatezza, si risolve, in radice, anche il problema dell'applicazione della *bjr* alle relative decisioni assunte³⁷².

Dal momento che la predisposizione degli assetti societari in ambito bancario è connotata da una elevata oggettività e nella selezione e nell'applicazione delle regole aziendalistiche funzionali a raggiungere gli obiettivi previsti dalla normativa di settore, si oggettivizza altresì il giudizio sull'operato degli amministratori che hanno la responsabilità e l'onere di applicare quelle regole.

supportare il consiglio per particolari e delicate materie, ma diviene anche un presupposto per un maggior coinvolgimento e specializzazione degli amministratori, e quindi un oggettivo 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».

³⁷¹ Così STELLA RICHTER JR., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, in Tombari (a cura di), *Corporate Governance e sistema dei controlli nelle s.p.a.*, cit., 19 ss.

³⁷² Per BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 34 «è difficile, negare che l'introduzione del principio di adeguatezza apra scenari nuovi, forse neanche immaginati, e delinei nuovi orizzonti per la responsabilità dell'impresa e dia al giudice un potere caratterizzato per l'ampio spettro di situazioni e per una discrezionalità singolarmente ampia»; analogamente, SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, cit., 384.

In tale ambito, la predisposizione di un assetto organizzativo e di controllo adeguato costituisce quindi un vero e proprio “obbligo specifico” posto in capo a tutti i componenti del *plenum* consiliare, con la conseguenza che, in caso di carenze organizzative significative, non potrebbe essere eccepita l’esimente della *business judgment rule*³⁷³.

Per queste ragioni sarebbe da escludersi l’applicabilità dell’interpretazione favorita dalle corti statunitensi, secondo la quale gli amministratori possono essere ritenuti responsabili soltanto ove abbiano agito in mala fede, presupponendosi che la stessa ricorra esclusivamente quando abbiano omesso qualsiasi tentativo di elaborare un Sistema di Controllo Interno ovvero, una volta implementato, abbiano volontariamente mancato di esercitare, in modo sistematico, la dovuta vigilanza nel monitorarlo, agendo in senso non consequenziale rispetto alle segnalazioni dallo stesso provenienti.

Accogliendo una tale soluzione applicativa, gli amministratori potrebbero infatti semplicemente dimostrare di aver rispettato le procedure interne da loro stessi predisposte, e, dunque, sarebbe difficilmente dimostrabile una loro responsabilità da inadempimento.

³⁷³ Cfr. ABRIANI, *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 543 s., per il quale «la business judgment rule – e dunque la discrezionalità “piena” che caratterizza l’attività di amministrazione della società per azioni – inizia allorquando gli amministratori abbiano assolto agli obblighi di protocollo strutturale e informativo loro imposti dalla normativa societaria»; ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, *cit.*, 688, per il quale solo in relazione alle scelte gestorie si manifesta «l’esigenza di (una sorta di) business judgment rule e che, se con essa si persegue l’obiettivo di fornire agli amministratori una sorta di safe harbour, ciò può valere esclusivamente nei limiti in cui di scelte imprenditoriali si tratta e non in generale per il complesso dei loro doveri. Il tema è in definitiva circoscritto alle ipotesi nelle quali gli amministratori hanno esercitato la propria competenza decisionale nella gestione dell’impresa e non riguarda in via generale i criteri per la loro responsabilità in cui abbiano violato specifici obblighi».

Viceversa, in ambito bancario, l'omessa predisposizione di assetti adeguati, siccome espressamente richiesta e specificata anche nelle concrete modalità attuative "minime", risolvendosi in una violazione di legge è sicuramente censurabile da parte dell'Autorità giudiziaria. Con l'ulteriore conseguenza, in termini sistemici, che nel relativo giudizio si assisterà a un rilevante alleggerimento della posizione processuale dell'attore, il quale dovrà limitarsi a dimostrare l'esistenza della violazione ed il nesso causale con il danno lamentato, mentre incomberà sugli amministratori convenuti dimostrare che l'inadempimento loro imputato è dispenso da circostanza inevitabili.

Seppur relativamente agli atti d'esercizio del dovere organizzativo e corporativo³⁷⁴ permangono tratti di discrezionalità imprenditoriale nel darvi concreta attuazione, si ritiene che nel settore bancario tali tratti siano meno marcati, atteso che qui interviene lo stesso legislatore a specificare *ope legis* le modalità di realizzazione dell'organizzazione, indicando d'imperio le misure considerabili *adeguate* per lo svolgimento dell'impresa bancaria, con la previsione di stringenti obblighi specifici in capo agli amministratori, referenti primari dell'agire imprenditoriale³⁷⁵.

³⁷⁴ Sulla distinzione tra "organizzazione procedimentale" e "organizzazione corporativa" efficacemente MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, cit., 1185 s., secondo cui, oltre al concetto di organizzazione contenuto nell'art. 2381 c.c. e che rappresenta la base normativa per la procedimentalizzazione dell'attività di impresa, «*ne esiste un altro, più noto, qualificabile come momento corporativo, focalizzato non più tanto, o soltanto, sulle peculiarità dell'attività ma anche sugli aspetti strutturali, sulle regole organicistiche e in generale su tutto quello che inerisce, con formula sintetica, all'amministrazione ed al controllo della società: si tratta del piano della c.d. governance, ch'è un livello, se si vuole, "più alto" (ma forse semplicemente "diverso") rispetto all'altra fase organizzativa, dato che interviene sul presupposto che l'attività - si passi l'espressione - sia già tecnicamente in grado di "girare"*».

³⁷⁵ Con ciò, per alcuni, finendo implicitamente per stravolgere la finalità tipica degli strumenti organizzativi: v. MÜLBERT, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*, ECGI Working Papers in Law in ECGI Law, 2009, n. 130, 24, consultabile su www.srrn.com, per il quale in tal modo si determina un'ingerenza nella sfera strategica della banca, producendo una sorta di eterogenesi dei fini delle strutture societarie; MINTO, *Assetti in ambito*

Nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti³⁷⁶, assume rilievo non solo la mancata predisposizione di qualsivoglia assetto organizzativo, amministrativo e contabile (in cui è certamente ravvisabile una “mala fede soggettiva” dell’amministratore), ma anche la predisposizione dello stesso in maniera non adeguata. In quest’ultimo caso, perciò, non vi può essere spazio per eccepire l’operatività della *business judgment rule* onde sottrarsi al controllo giudiziario, perché, essendo tale controllo volto a verificare l’osservanza da parte degli amministratori di obblighi specifici, quest’ultimo finisce per rappresentare non già una

bancario, cit., 634, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁷⁶ Come è noto, secondo la giurisprudenza del *Delaware* la responsabilità degli amministratori per la violazione degli obblighi di vigilanza su di essi gravanti richiede una «ripetuta o sistematica omessa vigilanza, come nel caso di un'assoluta inerzia nel garantire l'esistenza di un "reasonable information and reporting system"» (Re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959, 971 (Del. Ch. 1996), per cui «in assenza di specifici segnali, la buona fede, nell'ambito della vigilanza, va misurata valutando la condotta degli amministratori nell'assicurare che un sistema informativo e di resoconto esista, non giudicando, col senno di poi, alla luce del verificarsi di un illecito dei dipendenti che abbiano provocato conseguenze pregiudizievoli alla società». Cfr. In re Citigroup Inc. Shareholder Litig., 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009). Nello stesso senso *JPMorgan & Chase*, caso *Stone v. Ritter* (deciso dalla Corte Suprema del *Delaware*). Tra la dottrina Americana, cfr. ARLEN, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, *Law&Economics Research Paper Series*, Working Paper n. 08-57, 2008, 1 s., consultabile su www.ssrn.com; JOHNSON, *Addressing gaps in the Dodd-Frank Act: directors' risk management oversight obligations*, 45 U. Mich. J.L. Reform, 2011-12, 55; GEVURTZ, *The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 113, 2010, 114 s., consultabile su www.ssrn.com; MILLER, *Oversight liability for risk management failures at financial firms*, n 84 S. Cal. L. Rev. 47, 2010-2011, 86 *ivi*; ORESTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial firms from poor risk management*, 86 N.Y.U. L. Rev., 2011, 766; PAN, *A Board's Duty to Monitor*, 54 N.Y.L. SCH. L. Rev., 2009-10, 721. In giurisprudenza, In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009); Wood v. Baum, 953 A.2d 136 (Del. 2008); Schoon v. Smith, 953 A.2d 196 (Del. 2008); In re Countrywide Financial Corp. Derivative Litigation, 554 F. Supp. 2d 1044 (C.D. Cal. 2008); Stone v. Ritter 911 A.2d 362 (Del. 2006); Guttman v. Huang 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003); Salsitz v. Nasser 208 F.R.D. 589 (E.D. Mich. 2002); In re Caremark International Inc. Derivative Litigation 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996); Francis v. United Jersey Bank, 87 N.J. 15, 432 A.2d 814 (1981); Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company, 188 A.2d 125 (Del. 1963).

(inammissibile) ingerenza “nel merito”, quanto invece un vero e proprio riscontro di legalità/conformità (o, meglio, di «*adeguatezza amministrativa*»³⁷⁷).

Ciò, d'altronde, si porrebbe in perfetta aderenza con le affermazioni della giurisprudenza che, sulla scorta di arresti di molto risalenti³⁷⁸, ha ritenuto che “*la distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito conduce ad escludere che gli amministratori possano essere chiamati a rispondere degli errori di gestione. In questa prospettiva, si è sottolineato che discrezionalità vuole dire libertà di identificare le scelte, senza esonerare l'amministratore dall'osservanza del dovere di diligenza. Pertanto, se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita*”³⁷⁹.

In realtà, ferme tali considerazioni vevoli espressamente nel settore bancario in ragione dell'interpretazione, propugnata nel testo circa la specificità del dovere di predisporre assetti adeguati, anche nell'ambito del diritto comune sembra possibile ammettere il sindacato sull'adeguatezza dell'assetto implementato dai delegati, anche se per ragioni differenti rispetto a quanto avviene in ambito bancario, vevoli *a fortiori* in tale settore solo ove non si condividesse la ricostruzione sin qui operata del dovere in parola quale dovere a contenuto specifico.

³⁷⁷ Così, MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, cit., 51.

³⁷⁸ Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Dir. Fall.*, 1966, II, 39 s.

³⁷⁹ Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit., 1517. Pronuncia che per AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 1016, è «*significativa anche per aver ribadito che, accanto all'obbligo di amministrare con diligenza e senza conflitto di interessi (doveri identificati attraverso clausole generali), sussistono, in capo agli amministratori, obblighi di contenuto specifico, tra i quali si colloca certamente quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione ed alla manifestazione della volontà della società (artt. 2380, 2381 e 2384 c.c.)*».

Anche lì, cioè, non è soltanto la mancanza assoluta di qualsiasi assetto a costituire causa di responsabilità per gli amministratori ai sensi dell'art. 2392 c.c. per la violazione di un dovere a contenuto specifico, ma anche la scelta di gestione che abbia esito infelice e che tragga origine da valutazioni e previsioni scorrette a causa dell'esistenza di un assetto inidoneo³⁸⁰, scelta che non può essere esente dallo scrutinio giudiziale.

Come sostenuto, il problema di fondo che emerge dalle argomentazioni della giurisprudenza americana, che da un lato ritiene sanzionabile le scelte di politica del rischio sulla base del relativo profilo che l'impresa ha inteso assumere, ma non anche quelle attinenti alla predisposizione dello stesso in maniera adeguata al profilo prescelto, è che *«la predisposizione degli assetti organizzativi, compresi quelli relativi alla risk governance, non rientra nella fase, deliberativa, avente a che fare con la decisione e la discrezionalità che influenza la propensione al rischio d'impresa della società, ma ne rappresenta la fase conseguente, influenzata dalla scelta operata dal management, e consiste nella creazione e nella valutazione periodica di quei sistemi informativi e di controllo concepiti per prevenire decisioni illegittime, irrazionali ed, in generale, esorbitanti rispetto al livello di rischio definito come appetibile in sede deliberativa»*³⁸¹.

D'altro canto, negli Stati Uniti, laddove la *business judgment rule* è stata elaborata, la stessa viene considerata applicabile anche con riferimento all'inadempimento del "duty to monitor" posto a carico degli amministratori quale obbligo di predisporre degli assetti di controllo sull'operato del *top management* e di verificarne il loro

³⁸⁰ Di questo avviso, DE CRESCENZIO, *La responsabilità*, in Cagnasso-Panzani (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, vol. 4, Bologna, 2012, 158; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., 19.

³⁸¹ AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., 1019.

rispetto³⁸². Nel *leading case* In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation³⁸³ è stata infatti dichiarata l'applicazione della *bjr* a favore dell'organo amministrativo, sulla scorta della considerazione per cui gli amministratori possono essere ritenuti responsabili solo ove abbiano ommesso, in maniera sistematica, di esercitare la propria vigilanza oppure non abbiano fatto quanto necessario per assicurare un ragionevole sistema di controllo e di rendiconto interno³⁸⁴.

In sostanza, poiché le scelte attinenti al funzionamento dell'impresa, quali quelle istitutive il Sistema dei Controlli Interni o di gestione del rischio, non attengono al contenuto dell'attività gestionale ma alle modalità procedurali del suo svolgimento³⁸⁵, sembra configurabile, di per sé, uno spazio valutativo dell'autorità giudiziaria che si estenda a verificare la correttezza di quelle scelte e dunque, in definitiva, l'efficienza e l'adeguatezza del modello organizzativo adottato³⁸⁶.

Ovviamente, in tal caso, la valutazione giudiziale dovrà

³⁸² Cfr. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in Bianchini e Di Noia (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, cit., 63; CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, nota a Trib. Palermo, 13 marzo 2008, cit., 134.

³⁸³ In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation, 698 A.2d 959, 971 (Del. Ch. 1996).

³⁸⁴ V. *supra*. Come osservato da PAN, *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the delaware doctrine*, in *Florida State University Law Review*, 2010-2011, 38, 233, «Caremark stated that the board had to have in place a "reasonably designed" system [...], plaintiffs would need to show that the directors knew that their system was not reasonably designed—a very difficult task to prove and one that cannot be easily inferred from the board's behavior».

³⁸⁵ Cfr. NAZZICONE, *Commento sub art. 2392*, in Lo Cascio (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 184; MERUZZI, *L'informativa endo-societaria*, cit., 746.

³⁸⁶ In tale prospettiva, dunque, ragionando non solamente in termini di *duty of loyalty* ma valutando pure il c.d. *duty of care*: cfr. STRINE, HAMERMESH, BALOTTI, GORRIS, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role Of Good Faith In Corporation Law*, in *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, 2009, n. 3, 85 ss.

comunque parametrarsi al canone di diligenza che informa *ex ante* la condotta imprenditoriale nel caso di specie, essendo questo il parametro, secondo i principi generali, attraverso il quale l'autorità giudiziaria esamina ed accerta l'adempimento della prestazione richiesta all'amministratore nel caso di violazione di un obbligo a contenuto generico e, di conseguenza, ricostruisce i connessi profili di responsabilità a questi addebitabile³⁸⁷.

Con la conseguenza che il giudice terrà conto della natura e delle specifiche competenze caratterizzanti lo specifico incarico amministrativo sotto esame, nonché il particolare tipo di diligenza richiesto.

Pertanto, in tali casi, il giudice dovrà sottoporre al suo vaglio le scelte inerenti il *decision-making process* in termini di *duty of care*, ossia valutando il risultato di tali scelte con riferimento allo *standard* di diligenza richiesto nel caso concreto.

Conclusivamente, proprio perché la *bjr* non consente la censurabilità del merito, ma solo del metodo e del procedimento adottati per addivenire alle decisioni degli amministratori, pare ovvio che possano essere sottoposte a scrutinio le disfunzioni relative a quegli obblighi che, nell'ottica legislativa, contribuiscono in via prioritaria alla "procedimentalizzazione" delle scelte gestorie e dell'organizzazione di impresa.

³⁸⁷ Per RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Soc.*, 2008, 1195 s., «ai fini dell'eventuale responsabilità dell'amministratore, non rileva tanto ciò che egli fa, quanto il modo in cui lo fa: non, quindi, il grado di rischio che assume prendendo una determinata iniziativa, ma l'eventuale mancata adozione delle verifiche preventive occorrenti per valutare quel rischio in modo professionalmente adeguato (non, per esempio, il fatto in sé che si sia deciso di acquisire la partecipazione in un'altra impresa patrimonialmente pericolante), ma la circostanza che non si siano eventualmente prima passate al setaccio con la dovuta diligenza le condizioni patrimoniali, finanziarie ed economiche di detta impresa».

4. Prova dell'inadempimento e presunzioni

Ferme la ricostruzione sin ora operata in tema di responsabilità dell'organo amministrativo per assenza assoluta ovvero per inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, sembra utile avanzare alcune ultime considerazioni in ordine al regime probatorio dei relativi giudizi.

E' noto che, nei giudizi di responsabilità civile, uno dei profili più delicati è rappresentato dalla prova sia della condotta che si assume essere illecita, sia della sua effettiva antidoverosità, consistente nella violazione della regola di diligenza, così come specificata.

Sulla scorta dell'analisi sin ora condotta e della sussunzione della responsabilità da *deficit* organizzativo nell'ambito della violazione di una norma a contenuto specifico, dovrebbe ritenersi che il profilo probatorio che l'attore è chiamato a soddisfare attiene esclusivamente alla dimostrazione della condotta illecita (nei maggiori casi, omissiva) degli amministratori, senza spingersi a dover invece allegare la specifica colpa.

Allo stesso modo, ove non dovesse condividersi l'interpretazione propugnata nel testo, e, conseguentemente, sostenersi la specialità del sistema di responsabilità civile nell'ambito bancario, si porrebbe il problema della effettiva dimostrazione in giudizio dell'antidoverosità della condotta assunta, nel senso della prova necessaria a fondare la colpa degli organi societari.

Nell'uno e nell'altro caso, si tratta di una prova spesso assai difficoltosa da fornire, considerando il *gap* informativo che connota la posizione dei soci e dei creditori rispetto alla gestione interna della società, *gap* che spesso non consente a questi ultimi di venire a conoscenza dell'effettiva condotta di *mala gestio* tenuta dagli amministratori se non a seguito della perdita integrale del capitale

sociale e dell'apertura di una procedura concorsuale.

Ecco perché, con riguardo allo specifico tema della responsabilità da *deficit* organizzativo, la giurisprudenza tende a far ricorso a presunzioni per fondare la colpa degli organi societari, e, spesso, per accertare altresì il nesso causale tra la colpa imputabile agli amministratori e il danno lamentato dalla società, dai soci e dai terzi, così superando in radice il problema, di cui si è già fatto cenno, della dimostrazione di non conformità tra modelli adottati e assetti adottabili e l'individuazione della concreta violazione dell'obbligo di diligenza, capaci di fondare l'affermazione di responsabilità degli organi sociali convenuti.

In tal senso, specificatamente per il settore bancario, un supporto potrebbe essere fornito dall'eventuale provvedimento sanzionatorio emesso da Banca di Italia ai sensi dell'art. 144 T.U.B.³⁸⁸ per “*carenze nell'organizzazione e nei controlli interni da parte dei componenti il Consiglio di Amministrazione*” (illecito previsto dal combinato disposto del articolo 53, comma 1, lettera b) e d) T.U.B., del titolo 4, capitolo 11, delle Istruzioni di Vigilanza per le Banche e del titolo 1, capitolo 1, parte quarta delle nuove Disposizioni di Vigilanza prudenziale per le banche – indicazioni operative per la segnalazione di operazioni sospette).

Provvedimento che, è ben noto, ha natura meramente amministrativa³⁸⁹.

Si fa riferimento all'ipotesi in cui, all'esito dell'istruttoria, venga accertata la violazione delle norme poste in tema di organizzazione interna alla banca, con l'irrogazione di sanzioni, o financo, con il *removal* degli esponenti bancari.

³⁸⁸ Ovvero, dalla BCE nel caso in cui si tratti di una banca di maggiori dimensioni o complessità operativa.

³⁸⁹ Da ultimo, Cass., 24 febbraio 2016, n. 3656, in *ICaso.it*.

Orbene, pare corretto interrogarsi, *de jure condendo*, sulla rilevanza probatoria degli accertamenti contenuti nelle decisioni della Banca di Italia, atteso che nel panorama giuridico attuale può ben darsi che l'esistenza di una decisione di natura pubblicistica faciliti l'onere della prova di cui è gravato l'attore in un giudizio volto ad accertare la responsabilità degli organi sociali della banca e - specularmente - essa possa addirittura comprimere o condizionare il libero apprezzamento del giudice nella valutazione degli elementi probatori *ex art. 116, comma 1, c.p.c.*

Sulla falsariga degli approdi cui è giunta la giurisprudenza di legittimità, antecedentemente all'emanazione del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3³⁹⁰, in merito al valore probatorio dei provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità Antitrust nei c.d. giudizi *follow-on* potrebbe ipotizzarsi che anche i provvedimenti di Banca di Italia possano essere utilizzati in giudizio come prova sia della condotta illecita tenuta dagli amministratori, sia finanche del nesso causale tra la stessa ed il danno subito dalla società, dai soci o dai terzi.

La giurisprudenza, prima dell'emanazione della Dir. 2014/104/UE, recepita nel nostro ordinamento tramite il citato D.Lgs. n. 3/2017³⁹¹, nel silenzio del legislatore europeo e nazionale sul punto,

³⁹⁰ Con cui si è data attuazione alla direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa alle azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

³⁹¹ Che, come noto, all'art. 7, comma 1, colma la lacuna legislativa in ordine alla natura vincolante del provvedimento dell'AGCM nell'ambito del giudizio civile, superando la linea giurisprudenziale che attribuiva alle decisioni dell'AGCM "*valore di prova privilegiata*" rispetto alla quale il convenuto era ammesso a fornire la prova contraria. Difatti, andrà oggi considerata definitivamente accertata nei confronti dell'autore la violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione dell'AGCM passata "*in giudicato*" per decorso dei termini di impugnazione oppure in esito all'esperimento del giudizio di impugnazione. L'accertamento dell'AGCM risulta vincolante quanto alla natura della violazione ed alla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale; la decisione dell'AGCM non ha invece portata vincolante con riferimento al nesso di causalità ed all'esistenza del danno, che devono dunque essere provati dall'attore ed accertati

aveva da tempo riconosciuto alla decisione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato il valore di prova privilegiata³⁹², di prova cioè che testimonia la sussistenza di una violazione delle norme a tutela della concorrenza.

In altri termini, similmente a quanto è stato ritenuto possibile nel campo del diritto *antitrust* e, specificatamente, del c.d. *private enforcement*, potrebbe ipotizzarsi che nel giudizio ordinario avente ad oggetto l’accertamento della responsabilità gestoria da *deficit* organizzativo, ben possano confluire le ricostruzioni e le valutazioni operate dalla Banca di Italia sulla sussistenza dell’illecito di cui all’art. 144 T.U.B.. Fermo restando che dette risultanze non andrebbero valutate dal giudicante alla stregua di dati intangibili e imm modificabili - vincolanti, cioè, ai fini della decisione - giacché deve comunque garantirsi al convenuto il diritto di fornire la prova del contrario.

Pare cioè possibile mutuare le conclusioni cui è giunta in quel campo la Cassazione, laddove ha ritenuto corretto che il giudice faccia riferimento alle conclusioni delle indagini svolte dall’AGCM ed agli ulteriori elementi di valutazione desumibili dalle conclusioni dell’Autorità, ma tali elementi ben possono andare ad aggiungersi alle deduzioni ed alle prove offerte dalle parti nel giudizio.

È indubbio che la decisione dell’Autorità Garante o dei giudici amministrativi che definitivamente confermano o riformano tale decisione riveste un ruolo significativo nell’accertamento dell’illecito, costituendo prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale

in sede civile. Tali elementi, difatti, non sono presi in considerazione dall’autorità garante o dal giudice amministrativo per la constatazione della violazione della normativa antitrust, la quale, appunto, si basa solamente sulla natura della violazione e sulla sua portata materiale, personale, temporale e territoriale. Le decisioni delle autorità garanti e le sentenze passate in giudicato assumono pertanto valore probatorio, e non ammettono prova contraria.

³⁹² Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, 1901.

abuso³⁹³.

Va da sé che sarebbe del tutto irragionevole affermare, in *subiecta materia*, una totale impermeabilità del processo civile alle risultanze probatorie acquisite nel relativo procedimento sanzionatorio dall'Autorità di Vigilanza, specialmente nei casi in cui la cognizione del giudice ordinario abbia ad oggetto le medesime fattispecie analizzate e vagliate dal Direttorio della Banca di Italia.

Ciò, tra l'altro, risulta coerente con il principio di economia processuale, atteso che permetterebbe al giudice di evitare il ricorso a lunghi e complicati accertamenti tecnici, spesso essenziali in tali giudizi per addivenire ad una decisione il più possibile aderente alla realtà concreta del singolo caso.

In buona sostanza, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale che ha configurato la ricostruzione giuridico-fattuale elaborata dall'Autorità antitrust nel proprio provvedimento come una prova per presunzioni³⁹⁴, si ritiene che tale efficacia probatoria possa riconoscersi anche alla ricostruzione svolta dalla Banca di Italia all'esito dell'istruttoria compiuta. In tal caso, il convenuto, autore dell'illecito di cui all'art. 144 T.U.B., sarà ovviamente sempre ammesso a fornire la prova contraria alla presunzione di responsabilità di cui si avvale l'attore ad eccezion fatta del limite, valevole anche per la giurisprudenza nell'ambito del *private enforcement* del diritto *antitrust*³⁹⁵, per cui non possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della

³⁹³ Sul punto, tra i tanti, si veda il recente contributo di FILICE, *Il problematico confine tra i poteri dell'Agcm e il sindacato del giudice*, in *Gior. Dir. Amm.*, 3, 2017, 389 ss.

³⁹⁴ Per una disamina di tale giurisprudenza, *ex multis*, SCUFFI, *Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza delle corti di appello e dei tribunali italiani dal 1992 al 2003*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2003, 99.

³⁹⁵ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno resp.*, 2007, 755; Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro it.*, 2011, I, 2675; Cass., 9 maggio 2012, n. 7039, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 5, 577.

normativa speciale, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede.

In sostanza, qualora il convenuto abbia partecipato al giudizio svolto davanti alla Banca di Italia, avvalendosi della facoltà ivi prevista di presentare controdeduzioni, egli non potrebbe rimettere in discussione le medesime circostanze di fatto il cui accertamento sia già contenuto nel provvedimento sanzionatorio, giacché, sulla falsariga di quanto affermato nell'ambito del diritto *antitrust* “*la prova contraria non può avere ad oggetto (...) le medesime circostanze che l'AGCM ha tenuto presenti nel formulare il suo giudizio, e che ha ritenuto irrilevanti*”³⁹⁶.

³⁹⁶ Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, *cit.*

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.VV., *La riforma delle società quotate*, Milano, 1998:

- CORSI, *Il collegio sindacale*, ivi.

AA.VV., *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002:

- FERRARESE, *Della corporate governance, ovvero dell'imperfezione del diritto societario*, ivi, vol. 1.

AA.VV., *Il rischio di credito e le implicazioni di Basilea 2*, Milano, 2004:

- FAUCEGLIA, *I criteri di valutazione del rischio di credito nella disciplina di responsabilità di amministratori e sindaci delle banche*, ivi; 
- LAMANDINI, *Nuove prospettive in materia di vigilanza bancaria: il "secondo pilastro" del Nuovo Accordo di Basilea*, ivi; 
- MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, ivi.

AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010:

- CALVOSA, *Poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione*, ivi;
- KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, ivi;
- MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio, organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività di impresa*, ivi;
- REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, ivi.

AA.VV., *Studi in onore di U. Belviso*, Bari, 2011:

- MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, ivi, vol. 1.

AA.VV., *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, I, Napoli, 2014:

- MERUZZI, *Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario*, ivi.

ABADESSA (a cura di), *Dialogo sul sistema dei controlli in società*, Torino, 2015:

- ANGELICI, *In tema di rapporti fra «amministrazione» e «controllo»*, ivi.

ABADESSA E CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, 2009:

- SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e consiglio di sorveglianza*, ivi.

ABADESSA E PORTALE (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Milano, 2016:

- SFAMENI, *Artt. 2403 – 149 Tuf*, ivi, vol. 1.

ABADESSA E PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2006:

- ABADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, ivi, vol. 1;
- CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, ivi, vol. 3;

- FERRARINI, *Controlli interni e strutture di governo societario*, ivi, vol. 3;
- MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, ivi, vol. 2;
- MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo*, ivi, vol. 2;
- SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del consiglio di sorveglianza e del consiglio di gestione*, ivi, vol. 2.

ABRIANI – MEO – PRESTI (a cura di), *Società e modello “231”: ma che colpa abbiamo noi?*, Bologna, 2009.

ABRIANI E CARIELLO (a cura di), *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Torino, 2012:

- CARIELLO, *Il sistema dualistico*, ivi.

ABRIANI, *Assetti proprietari, modelli di governance e operazioni straordinarie nelle società a partecipazione pubblica: profili di danno erariale?*, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 2009, 543 ss.

ADAMS, *Governance and the Financial Crisis*, in *International Review of Finance*, 2012, vol. 12:1, 7 ss.

ADIUTORI (a cura di), *Governo dell’impresa e responsabilità dei gestori. Giornata di studio in ricordo di Salvatore Pescatore*, Padova, 2012

AEBI – SABATO – SCHMID, *Risk Management, Corporate Governance, and Bank*

Performance in the Financial Crisis, in *Journal of Banking and Finance*, 2012, 36 s..

AGOSTONI, *Note sul controllo interno degli emittenti quotati nel diritto e nella pratica*, in *Società*, 1999, 420 ss.

ALESSI, D. *Lgs. n. 58/1998. La nuova disciplina del collegio sindacale*, in *Società*, 1998, 555 ss.

ALESSI – ABRIANI – MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Milano, 2007: [SEP]

- IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, ivi.

ALFORD, *Supervisory Colleges: The Global Financial Crisis and Improving International Supervisory Coordination*, in *Emory International Law Review*, 2010, vol. 24, n. 1, 76 ss.

ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979.

ALMICI, *Corporate Governance, Sistemi di Controllo e valore aziendale*, Milano, 2011.

ALPA (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999:

- ALPA, *La responsabilità civile*, ivi, vol. 4.

AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della Business Judgment Rule*, Milano, 2014:

- DONGIACOMO, *Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova*, ivi.

AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2016, V, 643 ss.

AMBROSINI, *Il controllo interno nelle società di capitali. La nuova disciplina del collegio sindacale*, Milano, 2004

AMOROSINO (a cura di), *Le banche. Regole e mercato dopo il testo unico delle leggi creditizie*, Milano, 1995:

- AMOROSINO, *La funzione amministrativa di vigilanza sulle banche nel nuovo t.u. delle leggi in materia creditizia*, ivi.

AMOROSINO, *L'«amministrativizzazione» del diritto delle imprese*, in *Diritto amministrativo*, 2011, 607 ss.

AMOROSINO, *I sistemi di vigilanze pubbliche sui mercati finanziari: dai Modelli all'effettività*, in *Bankpedia Review*, Vol. 2, Special issue 1 - Sovereign Risks and Regulation, 2012.

AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte di Banca d'Italia*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 2015, 209 ss.

ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, Padova, 2003.

ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2006, I, 685 s..

ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012.

ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 2014, 1326 ss.

ARLEN, *Comment: the future of Behavioral Economic Analysis of Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 1998, 51, 1865 s.

ARLEN, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, *Law&Economics Research Paper Series*, Working Paper n. 08-57, 2008, 1 s., reperibile su www.ssrn.com.

ARMOUR E GORDON, *Systemic Harms and Shareholder Value*, in *Journal of Legal Analysis*, n. 6, 2014, 35 ss.

BAINBRIDGE, *Caremark and Enterprise Risk Management*, in *Journal. Corporation Law*, 2009, 34, 967 ss.

BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008.

BARACHINI, *Delega gestoria e disciplina dei «flussi informativi»: poteri, doveri e responsabilità*, in www.legislazionepenale.eu, 2016, 1 ss.

BARAVELLI E VIGANÒ, (a cura di), *Il collegio sindacale nelle banche*, Roma, 2005:

- BARAVELLI, *I compiti del collegio sindacale e la normativa sui controlli interni nelle banche*, ivi;
- COMOLI, *Il collegio sindacale: aspetti di responsabilità*, ivi;
- SCHWIZER, *Rapporti fra il collegio sindacale e la funzione di internal audit nelle banche*, ivi. SEP

BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, 26 marzo 2014, consultabile in www.bancaditalia.it.

BAZZANI, *Profili di responsabilità amministrativa dei consiglieri di amministrazione non esecutivi di banche: doveri di vigilanza e di intervento e prova dell'immunità di colpa da parte dei singoli consiglieri*, nota a App. Roma, 12 giugno 2006 e App. Roma, 25 gennaio 2007, in *Rivista di diritto societario*, 2008, 331 ss.

BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977.

BELLI – LOSAPPIO – PORZIO – RISPOLI (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010:

- VELLA E PRESTIPINO, *Commento sub art. 52*, ivi.

BENATTI, *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*, Bologna, 2014.

BENAZZO, *Le pene civili nel diritto privato dell'impresa*, Milano, 2005.

BENAZZO, *Autonomia statutaria e assetto della responsabilità: un primo*

bilancio, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 430 s.

BENAZZO – CERA – PATRIARCA (a cura di), *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, 2011:

- BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, ivi;
- CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, ivi.

BERETTA E PECCHIARI, *Analisi e valutazione del Sistema di Controllo Interno. Metodi e tecniche*, in *Il Sole 24 Ore*, 2007.

BERETTA, *Valutazione dei rischi e controllo interno*, Milano, 2004, 59.

BERETTA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi e risk management*, in *Atti del Convegno Paradigma "Governance e controlli societari"*, 14-15 ottobre 2008.

BEVIVINO, *Responsabilità degli amministratori: tra vincoli giuridici e obblighi sociali*, in *Rivista di diritto societario*, 2013, 646 ss..

BIANCHI, *Corporate governance con più coordinamento*, ne *Il Sole 24 Ore*, 8 novembre 2010.

BIANCHI (a cura di), *Bilanci, operazioni straordinarie e governo dell'impresa*, Milano, 2013:

- BIANCHI, *Risk management e corporate governance nelle banche*, ivi.

BIANCHINI E DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010:

- BIANCHINI, DI NOIA, *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, ivi;
- FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, ivi;
- FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, ivi;
- MARCHETTI, *Quale indipendenza per gli amministratori*, ivi;
- PRESTI, *Di cosa parliamo quando parliamo di controlli?*, ivi.

BODELLINI, *Ancora sui criteri di accertamento e di valutazione della condotta degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, I, 1187 s.

BONELLI, *La responsabilità degli amministratori nelle società per azioni*, Milano, 1992.

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004.

BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013.

BONFATTI E FALCONE (a cura di), *Soluzioni negoziali e istituti preconcorsuali «nella gestione della crisi»*, Milano, 2013.

BORGHESI, *La gestione dei rischi di azienda*, Padova, 1985.

BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, 262.

BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, Milano, 2012.

BRUSA, *Dentro l'azienda: organizzazione e management*, Milano, 2004.

BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, I, 13 ss.

BUONOCORE, *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, 178 ss.

BUTTARO, *Sulla presenza dei sindaci alle riunioni degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 1989, 366 ss.

CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Milano, 2002.

CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali*, in *Società*, 2003, 801 ss.

CAGNASSO, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la "delega di fatto" tra norme "vecchie" e "nuove"*, nota a Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 557.

CAGNASSO E RIGANTI, *L'obbligo di agire in modo informato a carico dei deleganti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 388 ss..

CAGNASSO E PANZANI (diretto da), *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2012:

- DE CRESCENZIO, *La responsabilità*, ivi, vol. 4;
- MARANO, *La governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, ivi, vol. 2.

CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impresa, società*, 2015, n. 1, 19 ss.

CALANDRA BUONAURA ET AL. (a cura di), *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, Milano, 2014:

- VELLA, *La "qualità" del governo delle banche*, ivi.

CALLEGARO, *Funzione di compliance e principio di proporzionalità nell'adempimento degli obblighi organizzativi degli intermediari finanziari (parte prima)*, in *Banche e banchieri*, 2012, 4, 88 s.

CAMPANELLA E ZAMPELLA, *La regolamentazione, la vigilanza e la gestione del rischio del settore bancario*, Rimini, 2014.

CAMPOBASSO (diretto da), *Testo Unico della Finanza. Commentario*, Torino, 2002:

- CAVALLI, *Sub art. 149*, ivi, vol. 2.

CAMPOBASSO – CARIELLO – DI CATALDO – GUERRERA – SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro*

Abbadessa, Torino, 2014:

- LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni*, ivi, vol. 2;
- MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario attuale*, ivi, vol. 3;
- REGOLI, *Poteri di informazione e controllo degli amministratori non esecutivi*, ivi, vol. 2.

CANNATA E GALLINA, *L'approccio ai rischi nell'ottica della nuova vigilanza europea: una chiave di lettura*, in *Bancaria*, 2016, n. 2, 13 ss.^[L]_{SEP}]

CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Torino, 2012.

CAPRIGLIONE, *L'impresa bancaria tra controllo e autonomia*, Milano, 1983.

CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto delle Banche, degli Intermediari Finanziari e dei Mercati*, Bari, 2003:

- BRESCIA MORRA, *Le forme della vigilanza*, ivi; ^{[L]_{SEP}}
- ORTINO, *Struttura di vertice e sistema di vigilanza*, ivi;
- TROIANO, *Le banche e gli intermediari finanziari*, ivi.

CAPUTO, *Dalla teoria dei «segnali d'allarme» alla realtà dell'imputazione dolosa nel concorso dell'amministratore non esecutivo ai reati di bancarotta*, in *Rivista delle società*, 2015, 905 s.

CASSANI, *Responsabilità degli amministratori ex art. 2392 c.c. e onere della prova*, in *Società*, 2002, 493 s.

CASTIGLIONI, *Brevi note in materia di insindacabilità degli amministratori e di onere della prova nell'azione sociale di responsabilità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 1206 s.

CATERINO, *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Bari, 2012.

CAVALLI, *Profili del controllo sindacale sugli amministratori delle S.p.A.*, in *Rivista delle società*, 1968, 369 ss.

CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009.

CERA, *Le imprese bancarie fra statuti speciali, libertà d'iniziativa, norme imperative*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2007, I, 529 ss.

CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Milano, 2011.

CERA, *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 2015, 950 ss.

CERA E PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia «Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche»*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, 607 ss.

CESIANO, *L'applicazione della «Business Judgment Rule» nella giurisprudenza italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, II, 941.

CHEFFINS, *The History of Corporate Governance*, in *ECGI Working Papers in*

Law, 2012, n. 184, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com.

CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, Padova, 2007.

CHIAPPETTA, *Il sistema di controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, in *Rivista di diritto societario*, 2014, III, 355 ss.

CICCHINELLI, *Il dovere di agire informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*, nota a Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Foro italiano*, 2013, I, 2577 ss.

CICCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria, (Riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2016, II, 423 ss.

CICU – MESSINEO – MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da Schlesinger, Milano, 2012:

- ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, ivi, vol. 1.

CIRAOLO, *La Banca d'Italia ed il potere di rimozione degli esponenti aziendali tra vigilanza prudenziale e disciplina della crisi*, in *Banca, impresa e società*, 2016, 1, 51 ss.

COLOMBO E PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1991

- BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, ivi, vol. 4.

COMANA, *Governance bancaria o governance dei rischi: sinonimi o*

complementi?, in *Banche e banchieri*, 2014, 304 ss.

COMOLI, *I Sistemi di Controllo Interno nella corporate governance*, Napoli, 2002.

CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012.

CORBELLINI, *Risk appetite e pianificazione strategica in chiave Icaap: una metodologia per le piccole banche*, in *Bancaria*, 2013, n. 3, 70 ss.

SEPI

CLARICH, *Le sanzioni amministrative bancarie nel meccanismo di vigilanza unico*, in *Banca Impresa Società*, 2014, n. 2, 333 ss.

CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa*, nota a Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, 121 ss.

COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, n. 6, 1194 ss..

COSTI E VELLA, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, Banca d'Italia, 2008, n. 62.

COSTA (a cura di), *Commento al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 2013:

- FIAMMA, *sub. Art. 53, 1° co., lett. d)*, *ivi*.

COSTI, *Relazione di sintesi al convegno Assetti proprietari e «corporate governance» delle banche italiane*, in *Banca, Impresa, Società*, 1998, 212 ss.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

COTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, I, 1270 ss.

COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2011.

COTTINO, (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, Padova, 2008:

- ABRIANI-AMBROSINI-CAGNASSO-MONTALENTI, *Le società per azioni*, ivi, vol. 4.
- AMBROSINI, *Collegio sindacale: doveri, poteri e responsabilità*, ivi, vol. 4;
- AMBROSINI-MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*
- AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, ivi, vol. 11;
- MONTALENTI, *La società quotata*, ivi, vol. 4.

COTTINO ET AL. (diretto da), *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, Bologna, 2009:

- MONTALENTI, *Introduzione alla disciplina degli organi sociali*, ivi;
- IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, ivi

D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle*

società, Padova, 2011:

- VASSALLI, *Art. 2381*, ivi, vol. 1.
- CORAPI, *Art. 2409-sexiesdecies-2409-noviesdecies*, ivi, vol. 2;

D'AMATO-GIANNIZZARO, *Evidenze empiriche del malfunzionamento del collegio sindacale nelle banche*, in *Banca Impresa e Società*, 226 ss.

D'ANGELO, *I sindaci delle società bancarie nel quadro dei controlli interni*, Milano, 2000.

D'ONZA, *Il sistema di controllo interno nella prospettiva del risk management*, Milano, 2008.

DAFT, *Organizzazione aziendale*, 3° ed., Milano, 2007.

DE ANGELIS, MARTINA, URBANI (a cura di), *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni*, Padova, 2015:

- CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali (disciplina europea e specificità della normativa italiana)*, ivi.

DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Il nuovo diritto delle società*. 2009, 3, 74 ss.

DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009:

- MOSCO, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi aziendali nella Mifid*, ivi;

- SCOGNAMIGLIO *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, ivi.

DE MARI, *Autorità e libertà nella disciplina dell'intermediazione mobiliare*, Roma, 2010.

DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, 3, 527 ss.

DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Rivista delle Società*, 2017, 326 ss.

DE VITA – MERCURIO – TESTA, *Organizzazione aziendale: assetto e meccanismi di relazione*, Torino, 2007.

DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002.

DESARIO, *La responsabilità degli amministratori di banche: esecutivi e non esecutivi*, in *Bancaria*, 2016, 56 ss.

DI CATALDO (a cura di), *La governance delle società bancarie*, Milano, 2014:

- LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, ivi;
- PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, ivi.

DI CARO, *Il sistema dei controlli interni e i compiti del collegio sindacale delle banche nella circolare della Banca d'Italia*, 9 ottobre 1998, in *Società*, 1999,

797 ss.

DI GIROLAMO, *Regole di validità e regole di condotta: la valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2004, I, 555 ss.

DI NANNI, *La vigilanza degli amministratori sulla gestione della società per azioni*, Napoli, 1992.

EISENBERG, *The Duty of Good Faith in Corporate Law*, 31 *Delaware Journal Corporation Law*, 1, 2006, 4.

ENRIQUES, *Codici di corporate governance, diritto societario e assetti proprietari: alcune considerazioni preliminari*, in *Banca impresa società*, 2003, 1, 97 ss.

ENRIQUES E MACEY, *Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*, in *Cornell Law Review*, 2001, 1165 s.

ENRIQUES E ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, in *ECGI Working Papers in Law*, 2014, n. 249, 211 s., reperibile su www.ssrn.com.

FERRAN E BABIS, *The European Single Supervisory Mechanism*, *University of Cambridge, Paper n. 10*, 2013, 1 ss.

FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Rivista delle società*, 2002, 476 ss.

FERRARINI, *Controlli interni, governo societario e responsabilità. Esperienze statunitense ed italiana a confronto*, in Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, “*Mercati finanziari e sistema dei controlli*”, Milano, 2005, 110 ss.

FERRERO, *Istituzioni di economia d’azienda*, Milano, 1968.

FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1985, I, 44 s..

FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca, impresa e società*, 1996, 3 ss.

FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario, I, Parte generale*, Torino, 2004.

FERRO-LUZZI E CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996:

- LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, ivi.

FIorentino, *Gli organi delle società di capitali*, Napoli, 1950.

FLOREANI, *Introduzione al risk management*, Milano, 2005.

FILICE, *Il problematico confine tra i poteri dell’Agcm e il sindacato del giudice*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 3, 2017, 389 ss.

FORTUNATO, *I controlli amministrativi sulle società*, in *Rivista delle società*, 1998, 407 ss.

FORTUNATO, *Il “sistema dei controlli” e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.)*, in *Rivista delle società*, 2015, 253 ss.

FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004:

- FRANZONI, *Il danno risarcibile*, ivi.

FRIGENI, *Le s.p.a. bancarie dopo Basilea III*, Milano, 2013.

FRIGENI, *Natura e funzione del capitale nelle banche*, in *Banca, Impresa, Società*, 2015, 53 ss.

FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di supervisione strategica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2015, I, 488 ss.

FRIGNANI, *Diritto della concorrenza. L'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli*, *Public and Private Enforcement*, in *Diritto del commercio internazionale* 2008, 111 ss..

FURLOW, *Good faith, fiduciary duties, and the business judgment rule in Delaware*, *Utah Law Review*, 2009, 1061 ss.

FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*, nota a Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, 1517 ss.

GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, I, 126 ss..

GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006.

GARILLI, *I controlli interni nelle società per azioni con sistema dualistico. Riflessioni su alcuni profili di potenziale efficienza^[11] di un modello “in disuso”*, in *Contratto e impresa*, 2015, 6, 1455 ss.

GEVURTZ, *The Role of Corporate Law in Preventing a Financial Crisis: Reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 23 *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, 2010, 114 ss., reperibile su www.ssrn.com.

GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori dei «Principles of Corporate Governance»*, in *Rivista delle società*, 1996, 465 ss.

GUIZZI, *Appunti in tema di interesse sociale e governance bancaria*, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2017, 2, 255 ss.

H-Y CHIU (ed.), *The law of Corporate Governance in bank*, Edward-Elgan Publishing, Cheltenham (UK) – Northampton (USA), 2015:

- KOKKINIS, *A primer on corporate governance in banks and financial institution. Are banks special?*, *ivi*;
- H-Y CHIU, *Corporate governance and risk management in banks and financial institution*, *ivi*.

HARNER, *Barriers to effective risk management*, in *Seton Hall Law Review*, 40, 2010, 1323 ss.

HOPT, *Better Governance of Financial Institution*, in *ECGI Working Papers in Law*, n. 207, 2013, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com.

HOPT, *Corporate Governance of Banks and Other Financial Institutions After the Financial Crisis: Regulation in the Light of Empiry and Theory*, 219 ss., reperibile su www.ssrn.com.

IBBA E MARASÀ (a cura di), *Trattato delle società a responsabilità limitata*, Padova, 2012:

- RESCIGNO, *La responsabilità per la gestione: profili generali*, ivi, vol. 5.

IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

IRRERA, *Profili di corporate governance della società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009.

IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali*, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 368 ss.

IRRERA, *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, I, 526 ss.

IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna 2016:

- AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, ivi;

- DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, ivi;
- MERUZZI, *L'Adeguatezza degli assetti*, ivi;
- IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, ivi;
- MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, ivi;
- MINTO, *Il progetto di governo societario delle banche*, ivi;
- MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, ivi;
- RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, ivi;
- SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, ivi.

IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità "amministrativa" - codici di autodisciplina)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2003, I, 694 ss.

JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, I, 795 ss.

JAEGER-MARCHETTI, *Corporate governance*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, I, 625 ss.

JOHNSON, *Addressing gaps in the Dodd-Frank Act: directors' risk management oversight obligations*, 45 *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2011-12, 55 s..

JORIO (a cura di) *Le soluzioni delle crisi di impresa*. Atti del Convegno, Torino, 8-9 aprile 2011, Milano, 2012:

- SACCHI, *Intervento*, ivi.

LAMANDINI, *La funzione di Internal Audit e di Compliance: ruoli, responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, in *Iusletter*, settembre 2008, 4, reperibile in www.iusletter.com.

LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, I, 423 ss.

LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, 2007.

LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, 710.

LENER., *Comitati interni e consiglieri «non sorveglianti»*, *AGE, Analisi Giuridica dell'Economia*, 2007, 369 ss.

LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela civile inibitoria e risarcimento del danno*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1995, 385 ss.

LIBERTINI – MIRONE – SANFILIPPO, *L'assemblea delle società per azioni*, Milano, 2016.

LIBONATI, *L'impresa e la società*, Milano, 2004.

LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003:

- NAZZICONE, *Commento sub art. 2392*, *ivi*.

LUBRANO DI SCORPANELLO (a cura di), *Corporate Governance Models and the Liability of Directors and Managers*, Milano, 2010:

- LUBRANO DI SCORPANIELLO, *Introduzione*, ivi.

LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2006.

LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2017, 2, 323 ss.

MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007:

- POLI, *sub art. 2380*, ivi.

MAIMERI, *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Rivista del diritto commerciale* 2002, I, 611 ss.

MANCINI – PACIELLO – SANTORO – VALENSISE (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2017:

- FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, ivi, vol. 1.

MANNING, *The Business Judgment Rule and the Director's Duty of Attention: Time for Reality*, in *The Business Lawyer*, 1984, 39, 1477 s.

MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in *Rivista delle società*, 1997, 197 ss.

MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario*

delle banche, in *Rivista delle società*, 2012, 413 ss.

MARCHETTI, *Il crescente ruolo delle autorità di controllo nella disciplina delle società quotate*, in *Rivista delle società*, 2016, 33 ss.

MARCHETTI – BIANCHI – GHEZZI – NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Milano, 2005:

- DE NICOLA, *sub art. 2381 - Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*, *ivi*.

MARCHI, *I sistemi informativi aziendali*, Milano, 2004.

MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giurisprudenza commerciale comm.*, 2005, I, 105 ss.

MASERA, *La crisi finanziaria e i modelli di corporate governance delle banche: implicazioni e prospettive*, in *Bancaria*, 2009, 1, 3 ss.

MASERA E MAZZONI, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole bancarie dopo la grande crisi*, Milano, 2012.

MASSA FELSANI, «*Interferenze*» *del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2008, I, 889 ss..

MAUGERI, *Regole autodisciplinari e governo societario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, I, 88 ss.

MAZZINI, *Nota alla Sentenza Cass. S.U. 19.12.2007 n. 26724*, in *Diritto bancario e dei mercati finanziari*, 2008, I, 726 ss.

MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nella società per azioni*, in *Contratto e impresa*, 2010, 741 ss.

MERUZZI, *I Flussi informativi endosocietari nelle società per azioni*, Padova, 2012.

MERUZZI E TANTINI (a cura di), *Le Clausole generali nel diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2011:

- RIOLFO, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle s.p.a.: dal sistema tradizionale ai modelli alternativi nel diritto societario*, ivi, vol. 61;
- MERUZZI, *Il dovere degli amministratori di agire in modo informato e l'organizzazione interna delle società per azioni*, ivi, vol. 61.

MESSIER JR., *Auditing*, Milano, 2000.

MICHELON - BERETTA - BOZZOLAN, *Disclosure on Internal Control Systems as a Substitute of Alternative Governance Mechanisms*, 2nd European Risk Conference, Università Bocconi, 10-11 Settembre 2008, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com.

MILLER, *The Board's Duty to Monitor Risk After Citigroup*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2010, 1159 ss., reperibile su www.ssrn.com.

MILLER, *Oversight liability for risk management failures at financial firms*, in *Southern California Law Review*, 47, 2010-2011, 86 s., reperibile su www.ssrn.com.

ORENSTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial firms from poor risk management*, in *New York University Law Review*, 2011, 766 ss.

MINERVINI, *Società, associazioni, gruppi organizzati*, Napoli, 1973.

MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 426 s.

MINTO, *Sistema dei controlli interni e salvaguardia delle specificità normative delle Banche di Credito Cooperativo*, tesi di dottorato (Università Ca' Foscari di Venezia, a.a. 2013/2014).

MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, 2012.

MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, 1165 ss.

MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli all'agire in modo informato*, nota a Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, 27 ss.,

MIRONE, *Temi e problemi in materia di governo societario delle banche*, Paper presentato al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori

Universitari di Diritto commerciale “*Orizzonti del Diritto Commerciale*”, Roma, 17-18 febbraio 2017.

MONDINI, *Il nuovo ruolo dell’organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca Impresa e Società*, 2015, 39 ss.

MONTAGNANI, *Disciplina della riduzione del capitale: impresa o legislatore in crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, I, 762 ss.

MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, 294 ss.

MONTALENTI, *La responsabilità degli amministratori nell’impresa globalizzata*, in *Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2004, “Mercati finanziari e sistema dei controlli”*, Milano, 2005, 131 s. e in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, 449.

MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2008, 697 ss..

MONTALENTI, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2009, I, 643 ss..

MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2010, I, 935 ss.

MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, V, 535 ss.

MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista del diritto societario*, 2011, 820 ss..

MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Rivista delle società*, 2013, 58 ss.

MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2015, 707 ss.

MONTALENTI, *La corporate governance bancaria oggi: profili generali* (testo provvisorio), Relazione al Convegno Courmayeur, 22-23 settembre 2017, *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*.

MORBIDELLI, *Le modifiche statutarie e le norme regolamentari interne*, in *Il risparmio review*, 2009, I, 76 ss.

MORERA E NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, Roma, 1996:

- NIGRO, *L'autorizzazione all'«attività bancaria» nel t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, ivi.

MOREZZI, *Modelli organizzativi ex D.lgs n. 231/2001 e assetti adeguati ex art. 2381 c.c.: spunti di riflessione in tema di colpa di organizzazione*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2008, n. 14, 48 ss.

MOTTURA E PACI (a cura di), *Banca: economia e gestione*, Milano, 2009.

MOSCO E VELLA, *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la «governance»*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, 1, 139 ss.

MÜLBERT E CITLAU, *The Uncertain Role of Banks' Corporate Governance in Systemic Risk Regulation*, in *ECGI Working Papers in Law*, n. 179, 2011, 1 ss., reperibile su www.ssrn.com.

MÜLBERT, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*, in *ECGI Working Paper in Law*, 2009, n. 130, 24 ss., reperibile su www.ssrn.com.

NICCOLINI E STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali. Commentario*, Napoli, 2004:

- FORTUNATO, *Art. 2409-septies*, *ivi*, vol. 2;
- MOSCO, *Art. 2381*, *ivi*, vol.2.

NIGRO E VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 3^a ed., Bologna, 2014.

NITOGLIA, *L'ambiente di controllo secondo il CoSo Report: confronto con le altri fonti*, in *Auditing*, Maggio-Agosto, 2002.

ONADO (a cura di), *La banca come impresa*, Bologna, 2004:

- LUSIGNANI, *La gestione dei rischi nella banca*, *ivi*.

ORESTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial*

firms from poor risk management, 86 N.Y.U. Law Review, 2011, 766 s., reperibile su www.ssrn.com.

PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 3, 167 ss.

PALMA, *Il collegio sindacale nelle banche*, Milano, 2002.

PAN, *A Board's Duty to Monitor*, in *New York Law School Law Review*, 2009-10, 54, 721 s., reperibile su www.ssrn.com.

PAN, *Rethinking the board's duty to monitor: a critical assessment of the delaware doctrine*, in *Florida State University Law Review*, 2010-2011, 38, 233 ss., reperibile su www.ssrn.com.

PATTI, *Il dovere degli amministratori senza delega di agire in modo informato*, nota a Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, in *Rivista del diritto commerciale*, 2016, II, 710 ss.

PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle banche*, tesi di dottorato (Università di Milano, a.a. 2012/2013).

PERRINO A.M., *Amministratore senza deleghe e responsabilità derivante dal compimento di nuove operazioni*, in *Società*, 2010, 1065 ss.^[1]_[SEP]

PINI, *Il sistema di Controllo Interno*, Milano, 2000.

POLI, *L'evoluzione della governance nelle società chiuse*, Milano, 2010.

PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, in *Rivista delle società*, 2016, 53 ss.

PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Rivista del diritto societario*, 2007, 9 ss.

PORZIO, *Autonomia ed eteronomia nella gestione dell'impresa bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1990, I, 3 ss. ^[1] _{SEP}

PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2008, 365 ss.

POWER, *La società dei controlli. Rituali di verifica*, Torino, 2002.

PRESTI, *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Rivista delle società*, 1997, 751 ss.

PRESTI (a cura di), *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002:

- PRESTI, *Società del settore finanziario e collegio sindacale: un puzzle normativo per un'identità sfuggente*, ivi.

PROVASOLI, *Razionalizzazione del sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2012, 610 ss.

PUGLIATTI, *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964.

RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004.

REBOA, *Il monitoring board e gli amministratori indipendenti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, I, 663 ss.

RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985:

- DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, ivi, vol. 16.

RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2008, I, 730 s.

RIGANTI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, 2, 304 ss.

RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non delegati di banca: verso un'irresponsabile allocazione delle responsabilità?*, nota a Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, III, 549.

RIGANTI, *Gli amministratori non esecutivi nella governance delle banche*, Paper presentato al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di Diritto commerciale "Orizzonti del Diritto Commerciale", Roma, 17-18 febbraio 2017.

RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza (I parte)*, in *Società*, 2008, 1195 ss.

ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi di impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, I, 898 s.

ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, *American Economic Association*, 1973.

ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967.

ROSSI, *Concorrenza, mercati finanziari e diritto societario*, in *Rivista delle società*, 1999, 1305 ss.

ROSSI, *Il mito della Corporate Governance*, in *Atti del Convegno Courmayeur 28-29 settembre 2001, Le nuove funzioni degli organi societari: verso la Corporate Governance?*, Milano, 2002, 13 ss.

ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003

ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006.

ROSSI, *Dalla Compagnia delle Indie al Sarbanes-Oxley Act*, in *Rivista delle società*, 2006, 892 ss.

RUGGIERO, *Le società finanziarie. Obblighi, vigilanza e sanzioni per gli intermediari*, Milano, 2010.

SACCHI, *La tutela delle minoranze nelle società bancarie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, I, 698 ss.

SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, 385 ss.

SACCHI, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, I, 851 ss.

SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, I, 304 ss.

SALAFIA, *La funzione di controllo del collegio sindacale*, in *Società*, 1994, 1169 ss.

SALANITRO, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, I, 597 ss.

SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2008, 1110 ss.

SANDULLI E SANTORO (a cura di), *La riforma delle società. Commentario*, Torino 2003:

- SANDULLI, *Art. 2392*, ivi, vol. 1.

SANTONI, *Gli obblighi degli esponenti aziendali nel sistema dei controlli interni delle banche*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, 652 s.

SANTORO (a cura di), *La crisi dei mercati finanziari: analisi e prospettive*, Milano, 2012:

- D'AMBROSIO, *Le Autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione*, ivi.

SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale : il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2017, 2,131 ss.

SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle spa nei diversi sistemi di governance*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 60 ss.

SCHLAG, *Rules and Standards*, in *UCLA Law Review*, 379, 1885, 5 s.

SCHWIZER, *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca Impresa e Società*, 2015, 7 ss.

SCHOENMAKER, *Governance of International Banking: The Financial Trilemma*, Oxford, 2013.

SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2010, n. 2, 137 ss.

SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003:

- VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, ivi.

SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, I, 2, 147 ss.

SCUFFI, *Il contributo del giudice ordinario all'evoluzione del diritto antitrust: la giurisprudenza delle corti di appello e dei tribunali italiani dal 1992 al 2003*, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2003, 99 ss.

SFAMENI, *Responsabilità da reato e nuovo diritto societario: appunti in tema di doveri degli amministratori ed organismo di vigilanza*, in *Rivista delle società*, 2007, 154 ss.

SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 2, 265 ss.

STRINE – HAMERMESH – BALOTTI – GORRIS, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role Of Good Faith In Corporation Law*, in *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, 2009, n. 3, 85 ss.

TALLIA, *Il dovere di diligenza e la Business Judgment Rule*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2013, 4, 15 s.

TANTALO, *Gli amministratori di banca rispondono degli illeciti in modo del tutto automatico?* nota a Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, in www.dirittoegiustizia.it.

TOMBARI, *Il controllo sindacale sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva*

“di gruppo”, in *Rivista delle società*, 1997, 953 ss.

TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di “corretta gestione societaria e imprenditoriale” della società capogruppo. Prime considerazioni*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2011, I, 631 ss.

TOMBARI (a cura di), *Corporate governance e sistema dei controlli nella s.p.a.*, Torino, 2013:

- CHIAPPETTA, *Il controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, ivi, [SEP]
- MONTALENTI, *Corporate governance e «sistema dei controlli»*, ivi;
- STELLA RICHTER JR., *Il controllo all'interno dell'organo amministrativo*, ivi.

TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014:

- SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, ivi;
- MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, ivi.

VALENSISE, *Il collegio sindacale nelle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2004, 160 ss.

VAN DER ELST E VAN DAELEN, *Risk Management in European and American Corporate Law*, in *ECGI Working Papers in Law*, 2009, n. 122, 12 ss., reperibile su www.ssrn.com.

VAN DER ELST, *The Risks of Corporate Legal Principles of Risk Management*, in *ECGI Working Papers in Law*, 2010, n. 160, 2 ss., reperibile in www.ssrn.com.

VASSALLI (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1985:

- FERRI, *Le Società*, ivi.

VASSALLI – LUISO – GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014:

- AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, ivi.

VELLA, *Il nuovo diritto societario e la “governance” bancaria*, in *Banca, impresa e società*, 2003, 309 ss. ^[1]_[SEP]

VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale della Banca d'Italia*, 2008, n. 62.

VELLA, *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 161 s.

^[1]_[SEP]

VELLA, *Banche e assicurazioni: le nuove frontiere della corporate governance*, in *Banca, Impresa, Società*, 2014, 289 ss.

VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, I, 139 ss.

VIETTI (diretto da), *La governance nelle società di capitali*, Milano, 2013:

- ABRIANI, *Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio*, ivi.

VIETTI (a cura di), *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità, controlli*, Torino, 2014:

- D'AMBROSIO E PERASSI, *Il governo societario delle banche*, ivi.

VIETTI – AULETTA - LO CASCIO – TOMBARI – ZOPPINI (a cura di), *La Riforma del diritto societario. Lavori preparatori testi e materiali*, Milano, 2006.

VISENTINI, *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2004, 383 ss.

WEIGMANN, *Il buon governo delle società bancarie*, in *Banca, impresa, società*, 1998, 20 s.

ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni*, Milano, 2005.

ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova 2010.

ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973.

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

- App. Roma, 12 giugno 2006, in *Rivista di diritto societario*, 2008, 327 s., con nota di BEZZANI, *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*.
- App. Roma, 25 gennaio 2007, in *Rivista di diritto societario*, 2008, 327 s., con nota di BEZZANI, *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*.
- Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in *Diritto Fallimentare*, 1966, II, 39 ss.
- Cass., 24 aprile 1997, n. 3652, in *Foro italiano*, 1998, I, 3247 ss.
- Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Foro italiano*, Repertorio 1999, voce Società, n. 845.
- Cass., 24 marzo 1998, n. 3110, in *Foro Italiano*, Repertorio 1998, voce Società, n. 647.
- Cass. 14 maggio 2010, n. 7425, in *dejure giuffrè.it*.
- Cass. 9 gennaio 2013, n. 319, in *Notariato*, 2013, n. 2, 136.
- Cass., 29 agosto 2003, n. 12696, in *Giurisprudenza Italiana*, 2004, 557 con nota di CAGNASSO, *Il dovere di vigilanza degli amministratori e la "delega di fatto" tra norme "vecchie" e "nuove"*.
- Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, in *Massimario della giurisprudenza italiana*, 2004 e in *Società*, 2004, 1517, con nota di FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*.
- Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Danno e responsabilità*, 2007, 755 ss.
- Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro italiano*, 2010, I, 1901 ss.

- Cass. 10 maggio 2011, n. 10211, in *Foro italiano*, 2011, I, 2675 ss.
- Cass., 9 maggio 2012, n. 7039, in *Giustizia civile massimata*, 2012, 5, 577 ss.
- Cass., 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, II, 133 ss. con nota di CICCHINELLI, *Il dovere di agire informato nell'attività bancaria a seguito di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Foro italiano*, 2013, I, 2577, ma anche in *Giurisprudenza commerciale* 2015, II, 27, con nota di MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*.
- Cass., 5 febbraio. 2013, n. 2739, in *Foro italiano.*, 2013, I, 2577 s. e in *Giurisprudenza commerciale*, 2015, II, 27 ss.
- Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409, in *Massimario Giustizia Civile*, 2013.
- Cass., 25 novembre 2015, n. 24048, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.
- Cass. 9 novembre 2015, n. 22848, in *Rivista del diritto commerciale*, 2016, II, con nota di Patti, *Il dovere degli amministratori senza delega di agire in modo informato*; in www.dirittoegiustizia.it, con nota di TANTALO, *Gli amministratori di banca rispondono degli illeciti in modo del tutto automatico?* e in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, III, 549 con nota di RIGANTI, *Cassazione civile e amministratori non delegati di banca: verso un'irresponsabile allocazione delle responsabilità?*.
- Cass., 24 febbraio 2016, n. 3656, in IlCaso.it.
- Cass., 3 maggio 2016, n. 8730, in conteziosobancario.it.
- Cass., 7 settembre 2016, n. 17687, in dejure.giuffrè.it.
- Cass., SS.UU., 5 luglio 2017, n. 16601, in IlCaso.it.
- Cass., 5 agosto 2016, n. 16587, in pluris-cedam.utetgiuridica.it,
- Trib. Palermo, 13 marzo 2008, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, 121 ss., con nota di CORDOPATRI, *La business judgment rule in Italia e il*

privilegio amministrativo: recenti correttivi negli USA e in Europa.

- In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation, 964 A.2d 106 (Del. CH. 2009).
- In re Central Laborers Pension Fund, et al. v. James Dimon, et al., No. 14-4516 (2nd Cir. 2016).
- Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).