

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA
DEI PROFESSORI UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE
"ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"
"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN CORSO, I
GRANDI CANTIERI APERTI"
Roma, 17-18 febbraio 2017

AURELIO MIRONE

Temi e problemi in materia di governo societario delle banche

SOMMARIO: 1. Introduzione: il percorso normativo della *governance* bancaria (crisi finanziaria, intervento europeo, recepimento nazionale) – 2. Tipologia delle regole speciali sull'organizzazione interna delle società bancarie e caratteristiche del potere regolamentare: gli assetti statutari. – 2.1. *Segue*: gli assetti interni. – 3. I fallimenti di mercato nella *governance* bancaria e i possibili correttivi: opportunità e rischi. – 4. Le ragioni di specialità del settore e il confronto con il diritto societario generale. – 5. La scelta del sistema di amministrazione e controllo ed il modello di disciplina per funzioni. – 6. Definizione dei ruoli e riparto delle competenze. – 7. Il divieto di ruoli esecutivi per il presidente dell'organo di supervisione. – 8. La *diversity* nella composizione dell'organo di supervisione. – 9. Poteri e doveri dei *non executives*. – 10. L'organo di controllo. – 11. I vincoli nell'adozione del sistema dualistico. – 12. Conclusioni.

1. *Introduzione: il percorso normativo della governance bancaria (crisi finanziaria, intervento europeo, recepimento nazionale).*

La crisi finanziaria dell'ultimo decennio ha notoriamente rappresentato il principale motivo per cui, a livello internazionale e soprattutto europeo, si è innescato un movimento di ampia riforma delle regole di governo delle società bancarie¹, all'interno di un complessivo quadro di interventi volto a rafforzare la vigilanza sulle banche – anche su

¹ Il legame tra la crisi finanziaria e gli interventi normativi oggetto del presente lavoro è un dato largamente acquisito da parte della dottrina: vedi, tra gli altri, K.J. HOPT, *Better Governance of Financial Institutions*, ECGI Working Paper n. 207/2013, in *ssrn.com*, 337 ss. Ma sul punto si tornerà *infra*, § 3.

altri profili più o meno connessi, come la remunerazione degli esponenti – e con ciò (auspicabilmente) la stabilità del sistema finanziario².

L'iniziativa, assunta in sede di G20 e poi concretizzata nelle successive indicazioni del *Financial Stability Board* (FSB)³ e del *Comitato di Basilea*⁴, ha trovato sbocco in Europa nella direttiva 2013/39/UE del 26 giugno 2013 (CRD IV)⁵, che ha dettato, tra l'altro (la direttiva ha infatti portata ben più ampia, avendo ad oggetto più in generale «norme sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale»), regole prescrittive sull'organizzazione interna delle banche, affidando alla *European Banking Authority* (EBA) il compito di emanare orientamenti applicativi⁶, in funzione dei successivi interventi da parte degli stati membri (art. 74, par. 3, dir. 2013/36).

Le *Guidelines on internal governance* dell'EBA (in realtà antecedenti alla stessa emanazione della direttiva, essendo state pubblicate il 27 settembre 2011, sulla base delega prevista nell'art. 1, punto 2, dir. 2010/76/UE, conferita all'allora Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria) hanno così costituito di fatto il principale riferimento

² Accurate ricostruzioni del percorso normativo (e delle relative criticità) possono leggersi in R. D'AMBROSIO - M. PERASSI, *Il governo societario delle banche*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Utet giuridica, Milano, 2014, 209 ss.; e in V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it (paper 10.07.2015), 1 ss.

³ Si tratta, in particolare, dei seguenti documenti: FINANCIAL STABILITY BOARD, *Principles for Sound Compensation Practices*, aprile 2009; *Principles for Sound Compensation Practices, Implementation Standards*, settembre 2009.

⁴ Cfr. BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Basel Principles for enhancing corporate governance*, ottobre 2010; *Basel Core Principles on Effective Banking Supervision* dicembre 2011 (principio n. 14) *Basel Compensation Principles and Standard Assessment Methodology*, 2010, *Range of Methodologies for Risk and Performances Alignment of Remuneration*, 2011.

⁵ La direttiva UE è stata preceduta da numerosi documenti preparatori, tra i quali il Rapporto de Larosière del febbraio 2009 e il Libro Verde della Commissione UE, del 2 giugno 2010.

⁶ Sui limiti del potere normativo in capo all'EBA, come autorità non prevista dai Trattati, vedi R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 233, i quali sottolineano il carattere formalmente non vincolante degli orientamenti, la cui coerenza è affidata al meccanismo del "comply or explain"; e M. LAMANDINI, *Il diritto bancario dell'Unione*, in *Banca e borsa*, 2015, I, 428 s., il quale condivisibilmente evidenzia come la vincolatività normativa delle *Guidelines EBA* sia di fatto particolarmente forte, anche rispetto ad altre norme di rango formalmente superiore ma meno dettagliate sul piano contenutistico.

normativo utilizzato in sede nazionale⁷, e nel nostro ordinamento dalla Banca d'Italia, che ha riformato il sistema mediante l'aggiornamento del 6 maggio 2014 alle Disposizioni di vigilanza per le banche (DV).

Di fatto, nonostante la disciplina speciale contenga numerose prescrizioni che incidono in modo pervasivo sull'organizzazione societaria delle banche, 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»⁸.

Il processo di produzione normativa che si è determinato in questa occasione conferma, pertanto, una linea di tendenza in atto da tempo, che comporta una significativa devoluzione del potere legislativo in ambito finanziario alle autorità di vigilanza, mediante accordi di tipo sovranazionale che di fatto neutralizzano l'autonomia del potere di legislazione primaria a livello nazionale⁹.

Nel caso specifico della *governance bancaria*, si rinviene peraltro un meccanismo di produzione normativa frequente in ambito bancario - criticato non a torto per l'inutile complessità ed opacità che lo caratterizza - e cioè quello del "doppio livello di delega", costituito a monte dalla previsione nel t.u.b. di un potere regolamentare generale in capo alla Banca d'Italia, e a valle dalla fissazione da parte del CICR (su proposta della Banca d'Italia, ma salvo intervento in via d'urgenza del Ministro

⁷ Cfr. P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, 413 ss.

⁸ Sul carattere non scontato e inevitabile del percorso seguito in Italia, vedi G.B. PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Atti del convegno internazionale di studi - Venezia, 13-14 novembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016; ed in *Riv. soc.*, 2016 (da cui si cita), 48 ss. Cfr., inoltre, R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 226, i quali osservano come il ricorso all'art. 53 t.u.b. consenta il rispetto del principio della riserva di legge, evidenziando come dopo la modifica adottata con il d.lgs. 217/2012 non sussistano più dubbi rispetto al pieno potere per CICR e Banca d'Italia di emanare disposizioni aventi carattere generale in materia non solo di organizzazione amministrativo-contabile, ma anche di *governance* societaria in senso proprio.

⁹ Cfr. V. CALANDRA BUONAURO (nt. 2), 3 ss.

dell'Economia) delle linee d'indirizzo per il singolo intervento normativo¹⁰.

D'altra parte, la continua evoluzione della "normativa" internazionale, oggetto di recepimento in sede nazionale, richiede necessariamente un ampio ricorso allo strumento regolamentare; come dimostra ancora oggi il fatto che è in corso una prima revisione delle *Guidelines* da parte dell'EBA¹¹, e che anche la Banca Centrale Europea ha recentemente pubblicato un importante documento di consultazione in materia di requisiti degli amministratori¹².

2. Tipologia delle regole speciali sull'organizzazione interna delle società bancarie e caratteristiche del potere regolamentare: gli assetti statutari.

Le regole in materia di organizzazione interna delle banche si pongono a due diversi livelli¹³, il primo dei quali è costituito dagli assetti statutari. Si tratta pertanto della *corporate governance* in senso proprio, intesa come insieme delle regole statutarie e interne che si occupano della conformazione e del funzionamento degli organi societari, del rapporto

¹⁰ Le disposizioni del CICR in materia di governo delle banche (ai sensi dell'art. 53 t.u.b.), che "abilitano" il potere regolamentare sub-delegato della Banca d'Italia, sono state emanate tramite l'intervento sostitutivo ministeriale d'urgenza ai sensi dell'art. 3, co. 2, t.u.b., con d.m. Economia 5 agosto 2004. Sulla prevalenza delle *Guidelines* EBA rispetto ai criteri stabiliti nel (precedente) d.m., vedi R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 233 ss.

¹¹ Cfr. EBA, *Consultation Paper - Draft Guidelines on internal governance*, 28 ottobre 2016 (termine per la consultazione, 28 gennaio 2017). Il documento contiene una integrale riscrittura delle *Guidelines* emanate nel 2011, caratterizzata da un generale maggiore dettaglio dell'apparato normativo, da un rafforzamento della supervisione in alcune aree (controllo dei rischi, gruppi, controllate estere, composizione e ruolo dei comitati) e da una maggiore (anche se tutt'altro che adeguata) attenzione al sistema dualistico (particolarmente trascurato nella stesura originaria).

¹² ECB, *Draft Guide to fit and proper assessments*, novembre 2016 (termine per la consultazione, 20 gennaio 2017). Sul punto si tornerà *infra*, § 8. Sui confini tra i rispettivi poteri regolamentari di EBA ed BCE, vedi, in particolare, LAMANDINI (nt. 6), 434 ss., il quale giustamente evidenzia il disallineamento esistente rispetto ai destinatari dei due meccanismi d'intervento (limitati nel secondo caso all'Eurosistema).

¹³ Vedi A. MINTO *Gli assetti in ambito bancario*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 631 ss.

tra gli stessi, nonché della responsabilità che assumono i relativi componenti verso la società e gli altri *stakeholder*.

Al riguardo, le banche devono conformare i propri statuti alla disciplina di settore, quale condizione per ottenere (e mantenere) l'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Si tratta pertanto, a prima vista, di regole che sono costruite non come condizioni di validità delle clausole statutarie, ma come condizioni per l'accesso all'attività bancaria.

Purtuttavia, l'eventuale adozione di assetti (ed anche singole clausole) difformi non sembra rilevare solo ai fini della normativa strettamente "bancaria", dato che la disciplina regolamentare integra in realtà la normativa codicistica, per le società che abbiano per oggetto l'esercizio dell'attività bancaria. L'attuale regime previsto per l'approvazione delle modifiche statutarie¹⁴ dovrebbe invero rendere pressoché impossibile l'adozione di assetti non autorizzati (e ancor più difficile l'iscrizione di una delibera non autorizzata), ma è in ogni caso da ritenersi che la violazione della disciplina speciale non possa non rilevare anche sul piano della validità di eventuali deliberazioni assembleari difformi (non autorizzate o erroneamente autorizzate)¹⁵. Appare pertanto inevitabile ritenere che la delibera risulti *tout court* invalida per oggettivo contrasto con norme inderogabili¹⁶; non essendo escluso il ricorso a tale schema neanche là dove la delibera violi non già una prescrizione di tipo specifico (ad es., le norme in materia di attribuzioni indelegabili dell'organo di supervisione), ma anche un prescrizione di tipo più elastico (ad es., le norme in materia di composizione dell'organo amministrativo).

Peraltro, non è escluso che anche delibere di assemblea ordinaria¹⁷ (si pensi alla nomina degli amministratori), o di altri organi sociali (in particolare, dell'organo di supervisione: si pensi alla delibera di attribuzione delle deleghe da parte del c.d.a.), possano risultare in

¹⁴ Istruzioni di Vigilanza per le banche, Titolo III, Capitolo I.

¹⁵ Nel senso del testo, in linea generale, C. PATRIARCA, *Sub art. 2377*, in *Le società per azioni*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Giuffrè, Milano, 2016, 1053.

¹⁶ Nel caso di clausole statutarie, l'alternativa tra annullabilità e nullità della delibera per contrarietà a norme inderogabili del dispositivo non rileva, determinandosi in linea di massima nullità della clausola statutaria. Sulla irrilevanza del termine triennale per l'impugnazione delle delibere nulle, cfr. M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Giuffrè, Milano, 2016, 443.

¹⁷ Conf., per la nullità delle deliberazioni di attribuzione dei compensi in violazione della normativa regolamentare, V. CALANDRA BUONAURA (nt. 2), 6.

contrasto con la normativa settoriale, determinandone con ciò l'invalidità¹⁸.

Ciò premesso, la normativa interviene, sul piano sistematico, in più direzioni: *a)* vietare l'adozione di assetti e clausole statutarie giudicate incompatibili con le specialità del settore bancario (si pensi al sistema di amministrazione monocratico); *b)* imporre l'adozione di assetti e clausole statutarie facoltative per diritto comune, giudicate necessarie per le specialità del sistema bancario (si pensi all'obbligatorietà dell'organo delegato o dei comitati interni nelle banche di media e grande dimensione; alla nomina assembleare dei componenti del comitato per il controllo nel monistico; al divieto di partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione; al divieto di partecipare per lo stesso soggetto al comitato per il controllo interno quando il consiglio di sorveglianza ha funzione di supervisione strategica); *c)* introdurre deroghe al diritto societario comune, imponendo soluzioni statutarie di dubbia compatibilità con la disciplina codicistica (si pensi ai poteri accresciuti del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico).

Quest'ultimo profilo è naturalmente quello più controverso sul piano sistematico¹⁹, ed è contestato da un filone dottrinale²⁰, per ragioni

¹⁸ Per la nullità delle deliberazioni assembleari caratterizzate dalla «illiceità relativa del dispositivo, che si ha quando l'oggetto della deliberazione sia tale da comportare, nella situazione concreta in cui essa è stata adottata, una violazione di norma imperativa che vieta uno specifico contenuto od effetto giuridico», in difformità dall'orientamento prevalente, che utilizza il criterio dell'interesse tutelato dalla norma inderogabile (d'interesse generale o meno), M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO (nt. 16), 438 s. Nel caso di delibere consiliari, l'art. 2388 non sembra - com'è noto - concedere spazio alla sanzione della nullità, ma l'eventuale "sanatoria" della delibera per decorso del termine d'impugnazione non determinerebbe particolari inconvenienti, avendo le autorità di vigilanza adeguati poteri per imporre all'organo amministrativo la tempestiva revoca dell'atto.

¹⁹ I primi due criteri d'intervento possono porre il comune problema della eventuale ingiustificata compressione dell'autonomia privata (vedi G. PRESTI, *Questioni in tema di governance e coordinamento del sistema dei controlli*, in AA.VV., *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di V. Calandra Buonauro e aa., Giuffrè, Milano, 2014, 31 ss.), ma sono certamente legittimi sul piano della gerarchia delle fonti, operando sul mero piano delle condizioni d'accesso al settore speciale.

²⁰ Cfr. R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 62, sett. 2008, 7 ss.; P. ABBADESSA, *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di V. Di Cataldo, Giuffrè, Milano, 2014, 8; R.

inerenti il rispetto della gerarchia delle fonti. A tali obiezioni può replicarsi propendendo, a livello generale, per una ricostruzione ben più pregnante dei poteri regolamentari in capo alle autorità di vigilanza nei settori speciali²¹; ed osservando che le disposizioni regolamentari trovano in linea di principio un valido ancoramento nella direttiva UE²². Nel caso di specie, ciò che appare in ogni caso dirimente, è che l'obiettivo dell'intervento europeo trova il proprio fondamento proprio nella forte eterogeneità del diritto societario nei paesi aderenti all'Unione²³, che si è reputata inidonea ad assicurare un quadro adeguato ed omogeneo di governance per le banche anche in ragione dell'introduzione del sistema unico di vigilanza accentrato presso la BCE²⁴, di tal che appare insita nella ratio legis l'idea che le autorità di vigilanza possano imporre deroghe al diritto societario comune, al fine di assicurare assetti effettivamente omogenei e funzionali nell'intero mercato comune²⁵.

D'AMBROSIO – M. PERASSI (nt. 2), 229 ss.; O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 19 (nel senso che le DV avrebbero rispettato il limite del diritto societario inderogabile). Diversamente orientati, a vario titolo per la non vincolatività delle norme codicistiche anche se inderogabili, LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di V. Di Cataldo, Giuffrè, Milano, 2014, 66 s.; G.B. PORTALE (nt. 8), 48 ss.; C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 91 ss.

²¹ Vedi, in particolare, M. LIBERTINI (nt. 20), 49.

²² La forte specialità del settore bancario è dimostrata dalla recente sentenza della Corte di Giustizia, 8 novembre 2016, in causa C41/15, che ha confermato (sia pure con argomenti legati al regime di eccezionalità che connota gli interventi sulle crisi bancarie) la validità di un'ingiunzione dell'Autorità di vigilanza a deliberare una ricapitalizzazione mediante aumento di capitale, nei confronti di una banca irlandese. La sentenza tuttavia valorizza in modo particolare la situazione di crisi della banca, come tale idonea a legittimare misure *extra ordinem*.

²³ Per questa valutazione, fuori dal contesto bancario, L. ENRIQUES, *Quanto è armonizzato il diritto societario europeo?*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Atti del convegno internazionale di studi - Venezia, 13-14 novembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, 149 ss. E vedi anche M. LAMANDINI (nt. 6), 424 ss.

²⁴ Per l'importanza dell'uniformazione delle regole in questa prospettiva, V. CALANDRA BUONAURA (nt. 2), 1.

²⁵ Per l'importanza di eliminare, in ambito bancario, i fenomeni di arbitraggio regolamentare, L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Atti del convegno internazionale di studi - Venezia, 13-14 novembre 2015, Giuffrè,

Le banche devono motivare l'adozione dell'assetto statutario mediante un apposito documento, e cioè il progetto di governo societario, approvato dall'organo di supervisione²⁶, nel quale si devono esplicitare le motivazioni per le scelte adottate, in modo da illustrare la loro aderenza alle effettive caratteristiche ed esigenze della singola banca²⁷. Questa prescrizione permette di assicurare maggiore trasparenza e verificabilità delle scelte statutarie, e costituisce un meccanismo già consolidato nel sistema, essendo previsto per tutte le società quotate in borsa (art. 123-*bis* t.u.f.), sia pure in quel caso come documento inserito nella relazione

Milano, 2016, 361 s.; M. LAMANDINI (nt. 6), 424 s. In generale sul tema della concorrenza tra ordinamenti, da ultimo, M. LIBERTINI, *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, in *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, a cura di P. Montalenti, Giuffrè, Milano, 2016, 1 ss.

²⁶ Ad avviso di M. LIBERTINI (nt. 20), 67, il documento in questione (ma l'opinione è espressa nel vigore delle precedenti DV del 2008) dovrebbe essere approvato dall'assemblea, per coerenza con la competenza in materia di modifiche statutarie. Le DV 2014, Sez. II, prevedono tuttavia ora la competenza dell'organo di supervisione strategica, con il parere dell'organo di controllo (la norma richiede il parere "favorevole", ma sarebbe eccessivo considerare il parere come vincolante e non meramente obbligatorio, non vedendosi ragione di attribuire all'organo di controllo un potere di veto preventivo, anche rispetto alle valutazioni della Banca d'Italia), e la scelta può ritenersi opportuna, avendo il progetto finalità prevalentemente illustrative. Peraltro, l'assemblea dei soci può approvare le modifiche solamente dopo l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza (in argomento, sempre nel vigore delle precedenti DV, G.A. 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 e borsa*, 2008, 730 ss.), ragion per cui appare corretto che il progetto - dovendo accompagnare la richiesta di autorizzazione - debba essere redatto dall'organo di supervisione. Peraltro, il meccanismo autorizzativo comporta già di per sé una rilevante compressione dei poteri dell'assemblea, che può solamente approvare o rigettare la proposta dell'organo di supervisione (e per quanto sia vero che il rigetto costringerebbe teoricamente gli amministratori a modificare la proposta secondo il volere dei soci, di fatto tale condizione può porre l'assemblea in condizione di particolare debolezza rispetto all'organo amministrativo).

²⁷ Secondo A. MINTO, *Il progetto di governo societario delle banche*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 664, il progetto di governo societario dovrebbe essere predisposto dall'organo di gestione, in analogia a quanto previsto in materia di piani dall'art. 2381 c.c., ma la tesi non appare convincente. Non può escludersi, infatti, che il progetto venga interamente discusso e trattato all'interno dell'organo di supervisione, anche affidando la stesura materiale di bozze dei documenti al presidente dell'organo di supervisione, ad appositi comitati istruttori (nei limiti di cui alle DV, Sez. IV, § 2.3.1.) o a soggetti esterni.

annuale sulla gestione degli amministratori. Esso costituisce peraltro in certa misura una “forma di tutela” per la banca nei confronti dell’Autorità di vigilanza, dato che eventuali provvedimenti di diniego alle modifiche statutarie devono adeguatamente motivare le ragioni del dissenso, anche su singole clausole, rispetto all’intero quadro di *governance* adottato dall’intermediario ed alle ragioni che hanno determinato le scelte di quest’ultimo.

2.1. Segue: *Gli assetti interni*.

Un secondo livello della normativa è costituito dagli assetti organizzativi interni, e pertanto dalla *governance* in senso ampio dell’impresa, che non sono regolati nel sistema codicistico, essendo lì affidati alla cura degli organi delegati ed alla valutazione dell’organo amministrativo (2381 c.c.)²⁸, nonché alla vigilanza dell’organo di controllo (art. 2403 c.c.), sulla base delle concrete (e più diverse) esigenze della singola società. In ambito bancario, invece, gli assetti organizzativi interni sono puntualmente regolati, mediante una disciplina che varia di intensità a seconda delle dimensioni della banca, e che prevede nell’assetto standard la figura apicale del direttore generale, e tre articolazioni interne costituite dalla funzione di controllo dei rischi (*risk management*), dalla funzione di controllo interno (*internal audit*), e dalla funzione di conformità alle norme (*compliance*): vedi aggiornamento n. 15 del 2 luglio 2013 alle DV, Titolo V, Cap. 7²⁹.

Peraltro, i due profili finiscono spesso per intrecciarsi, fino a sfumare talora la distinzione tra organi sociali ed organizzazione aziendale interna. Espressione di questa tendenza – anche qui in atto pure

²⁸ A. MINTO (nt. 13), 631. Ma nel senso che il principio di adeguatezza degli assetti aziendali comporta anche un vincolo all’autonomia privata, G. MERUZZI, *L’adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 53 ss.

²⁹ Ritiene che il processo descritto porti ad una procedimentalizzazione in senso “amministrativo” delle tecniche di conduzione societaria, A. MINTO (nt. 13), 629 s.; ma più correttamente nel senso che il processo debba intendersi piuttosto come normativizzazione di regole aziendalistiche, G. FAUCEGLIA, *Il glossario delle Istruzioni di Vigilanza sul “Governo societario”: verso l’amministrativizzazione del diritto dell’impresa?*, AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 129 ss.

nel diritto comune³⁰, anche se mediante meccanismi prevalentemente di autodisciplina – sono quanto meno i seguenti punti: *a)* la considerazione del direttore generale come vero e proprio organo di gestione della banca, potenzialmente alternativo allo stesso amministratore delegato (nelle piccole banche l'unico organo di gestione della società può essere infatti rappresentato da questa figura, mentre l'intero c.d.a. assume in tal caso la mera connotazione di organo di supervisione strategica); *b)* la previsione di regole sui sistemi di remunerazione e incentivazione che non valgono solamente per i componenti degli organi sociali, ma per tutto il *management*; *c)* la conformazione del sistema dei controlli, che risulta oramai caratterizzato da un intreccio di competenze suddivise tra i vari organi sociali (dallo stesso organo gestionale, all'organo di supervisione e a quello di controllo), i revisori e le varie strutture aziendali interne³¹.

Questo rapporto di compenetrazione tra assetti organizzativi statutari e aziendali non presenta, in realtà, rilevanti profili di eccezionalità³², essendo semmai da rilevare come il diritto societario generale – nel modello legale – sia stato caratterizzato da una scarsa attenzione al secondo profilo³³, nonostante la sua importanza determinante al fine di assicurare il buon funzionamento dell'impresa societaria. E da questo punto di vista, non è da escludere che talune regole in materia di architettura degli assetti interni e di doveri comportamentali degli organi sociali in tale ambito possano essere estese – o utilizzate come *standard* o metro di paragone – anche al di fuori dell'ordinamento bancario³⁴.

³⁰ Cfr. M. STELLA RICHTER, *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Atti del convegno internazionale di studi – Venezia, 13-14 novembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, 411 ss. Per una posizione più conservativa, vedi A. MINTO (nt. 13), 647 s.

³¹ Vedi *infra*, § 10.

³² Conf. A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss.

³³ Per l'arretratezza, sotto tale profilo, del sistema codicistico, M. LIBERTINI – A. MIRONE – P.M. SANFILIPPO (nt. 16), XVIII ss.; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 23 ss.

³⁴ Sull'accertamento giudiziale della conformità degli assetti, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità, cfr. G. MERUZZI (nt. 28), 68 ss. Nel senso che la Banca d'Italia avrebbe eccessivo spazio discrezionale per valutare inadeguate le scelte organizzative interne, S. AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle*

3. *I fallimenti di mercato nella governance bancaria e i possibili correttivi: opportunità e rischi.*

L'attenzione ai profili organizzativi interni delle banche è emersa, in seguito alla crisi finanziaria, sulla base di studi e valutazioni secondo cui una delle cause dei "fallimenti" bancari occorsi a livello mondiale sarebbe rappresentata dall'eccessiva assunzione di rischi da parte di molti intermediari, il che sarebbe stato consentito (per lo meno) anche dalla presenza di regole organizzative inadeguate, che avrebbero lasciato eccessiva discrezionalità e spazio di manovra agli organi delegati ed al *management* delle banche, con sostanziale incapacità d'intervento da parte degli organi di controllo e dello stesso organo amministrativo collegiale³⁵.

società bancarie da parte della Banca d'Italia, in *Dir. banc.*, 2015, 209; e in AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015 (da cui si cita in seguito), 43 ss., il quale rileva come per effetto delle prescrizioni dettagliate contenute nella normativa regolamentare l'onere della prova sull'assenza di colpa si ribalti sostanzialmente in capo ai convenuti (sia in sede civile che amministrativa); ma nel senso che il maggiore dettaglio riduca la discrezionalità in sede applicativa, A. MINTO (nt. 13), 630 s. Naturalmente i due effetti possono tra loro convivere. Per diritto statunitense, ritiene che lo standard della *Business Judgment Rule* costituisca baluardo idoneo, ed anzi eccessivo, in ambito bancario, a tutela dei *directors*, F.A. GEWURTZ, *The role of corporate law in preventing a financial crisis – reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, in *Corporate Governance after the Financial Crisis*, ed. by P.M. Vasudev – S. Watson, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 163 ss. Ma sul controverso problema dell'applicazione della *BJR* alle scelte in materia di assetti, vedi, tra gli altri, V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla Corporate Governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *BIS*, 2015, 33 ss.; e con particolare riferimento alle banche, E. PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle banche*, tesi di dottorato (Università di Milano, a.a. 2012/2013), 91 ss.; A. MINTO (nt. 32), 1182 ss.

³⁵ Vedi tra gli altri, S. EMMENEGGER, *Grundsätze guter Unternehmensführung von Banken aus der Sicht des Baseler Ausschusses und der FINMA*, in AA.VV., *Handbuch Corporate Governance von Banken*, hrsg. von K.J. Hopt – G. Wohlmannstetter, 2° Aufl., Franz Vahlen – Beck, München, 2011, 31 ss.; P. SCHWIZER, *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *BIS*, 2015, 7 ss., il quale si sofferma sugli effetti negativi causati dallo strapotere dei CEO; e F. VELLA, *La "qualità" del governo delle banche*, in AA.VV., *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di V. Calandra Buonauro e aa., Giuffrè, Milano, 2014, 37 ss. A dimostrazione dell'impatto avuto dalla crisi sulla riflessione dottrinale, si veda quanto rilevato alcuni anni prima dallo stesso VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle*

In realtà, la dottrina anche a livello internazionale è divisa – o quanto meno fortemente incerta – sul ruolo effettivo che le regole di *governance* hanno assunto nella crisi, essendo opinione prevalente che le cause delle difficoltà sono in prevalenza da attribuire ad altri fattori³⁶, sui quali pure si è intervenuto, ed in particolare ai meccanismi di remunerazione degli amministratori e dei dirigenti (eccessivamente orientati ad obiettivi di breve periodo)³⁷, alla conformazione delle funzioni di controllo aziendale interno ed alla efficacia dei controlli pubblici.

L'imponente apparato normativo predisposto per ovviare alle pretese lacune nell'organizzazione statutaria delle banche non trova peraltro effettivamente riscontro oltreoceano³⁸, avendo gli U.S.A. preferito un approccio più morbido, privo di prescrizioni predefinite e vincolanti, e pertanto costruito su meccanismi di *soft law*.

L'intervento europeo è stato, pertanto, criticato sotto vari profili³⁹: a) quello del rischio di *overregulation*, e cioè di un eccesso quantitativo nella produzione di norme o regolamenti, che comportano come effetto immediato la burocratizzazione dell'attività d'impresa, con la ulteriore conseguenza di aumentare i costi degli intermediari, soprattutto a carico delle piccole e medie banche⁴⁰; b) quello di ingessare eccessivamente gli assetti interni, imponendo come obbligatori *standards* e *best practices* che potrebbero anche risultare inadeguati o controindicati per il singolo intermediario, e che in talune circostanze non è detto siano effettivamente preferibili rispetto ad altri assetti organizzativi, sulla sola base del fatto che essi rispondano ad un astratto disegno di maggiore controllo

disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 62, sett. 2008, 14 ss., circa l'importanza determinante del terzo pilastro di Basilea, relativo alla comunicazione al mercato, rispetto al controllo prudenziale sugli assetti interni, visto come potenzialmente nocivo se eccessivamente rigido.

³⁶ Vedi ad es. K.J. HOPT (nt. 1), 1 ss.

³⁷ In argomento, tra gli altri, A. NIGRO, *La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di V. Di Cataldo, Giuffrè, Milano, 2014, 37 ss.

³⁸ J. ARMOUR – D. AWREY – P.L. DAVIES – L. ENRIQUES – J.N. GORDON – C. MAYER – J. PAYNE, *Bank Governance*, ECGI Working Paper n. 316/2016, in *ssrn.com*, 1 ss.

³⁹ Vedi, in particolare, L. ENRIQUES – D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, ECGI Working Paper n. 249/2014, in *ssrn.com*, 1 ss.

⁴⁰ Cfr. G.B. PORTALE (nt. 8), 53, il quale riferisce di reazioni negative nei confronti della direttiva negli ambienti germanici; S. AMOROSINO (nt. 34), 45 ss.

sull'operato del *management*; c) quello di privilegiare un'ottica di breve periodo, volta a rassicurare il sistema (il messaggio è, infatti, che le crisi sono frutto di una normativa non adeguata, piuttosto che di autorità di vigilanza inadeguate), rispetto ad un'ottica di lungo periodo, rispetto alla quale risulterebbero prevalenti gli effetti negativi costituiti dalla rilevante compressione dell'autonomia statutaria (con conseguente blocco delle normali dinamiche di evoluzione delle regole organizzative).

E' anche vero che le crisi finanziarie hanno tradizionalmente costituito occasioni privilegiate per riformare il sistema e colmare carenze effettive⁴¹, essendo in tali circostanze minori le pressioni contrarie delle *lobbies* e maggiore l'impegno dei regolatori. La nuova disciplina meriterebbe, pertanto, di essere esaminata nel merito, ed apprezzata in modo positivo se (e nella parte in cui risulti) valida nelle soluzioni adottate, quand'anche si ritenesse che gli assetti statutari non costituiscano il principale fattore di sviluppo della crisi e, in prospettiva, di superamento della stessa⁴².

4. *Le ragioni di specialità del settore e il confronto con il diritto societario comune.*

E' opinione comune a livello internazionale che la *corporate governance* delle banche si debba reggere su principi parzialmente diversi da quelli del diritto comune, o contenere comunque dei significativi correttivi rispetto al modello generale.

Normalmente queste valutazioni sono svolte all'interno delle concezioni dominanti del diritto societario, che vedono i soci – sulla base del principio capitalistico – come i soggetti più idonei a determinare gli assetti statutari preferibili, quali “creditori di ultima istanza” della società⁴³.

⁴¹ F. VELLA, *La qualità* (nt. 35), 37 ss.

⁴² Per l'impostazione seguita nel testo, K.J. HOPT (nt. 1), 64 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo, M. Cera e S. Patriarca, Utet, Torino, 2011, 656 ss.

⁴³ J. ARMOUR – D. AWREY – P.L. DAVIES – L. ENRIQUES – J.N. GORDON – C. MAYER – J. PAYNE (nt. 38), 370 ss.

I principali fattori di “disturbo” del quadro generale vengono così individuati⁴⁴:

a) l’apporto di capitale di debito nelle banche è enormemente maggiore rispetto alle altre imprese, con conseguente maggiore esposizione a rischi di azzardo morale e parziale neutralizzazione del “principio capitalistico” fondato sulla correlazione potere-rischio;

b) la capacità di controllo dei soci risulterebbe spesso inadeguata, nelle società a capitale diffuso per la dispersione dell’azionariato, e nelle società a capitale ristretto per la particolare rilevanza dei benefici extrasociali estraibili da parte dei soci⁴⁵;

c) la valutazione degli *assets* bancari (principalmente la solvibilità dei crediti) è particolarmente difficile dall’esterno, con conseguente difficoltà per i controlli “di mercato” e dei creditori sul buon andamento della società;

d) il livello di rischio dell’attività imprenditoriale non può essere lasciato alla libera determinazione della società, essendo il sistema bancario improntato al principio di sana e prudente gestione, che può di per sé giustificare correttivi alle regole ordinarie di funzionamento delle società;

e) la caratteristica della connessione sistemica, e cioè la capacità delle crisi bancarie di estendere la loro portata al sistema bancario ed al sistema economico nel suo insieme, può anch’essa giustificare interventi correttivi, ispirati al principio di precauzione, e con ciò anche ampie deroghe al diritto societario comune.

In realtà, la concezione del diritto societario ispirata all’analisi economica del diritto, prevalente nella dottrina internazionale fino ad alcuni anni fa, incontra una crisi ben più generalizzata, che dovrebbe

⁴⁴ Vedi, tra gli altri, in dottrina, K.J. HOPT (nt. 1), 1 ss. E tra i documenti preparatori delle riforme, il c.d. Rapporto Liikanen del 2 ottobre 2012 (*Final Report* dello *High-level Group on reforming the structure of the EU Banking sector*).

⁴⁵ Questo profilo, come altri, può determinare esiti tutt’altro che univoci sul piano delle auspicabili scelte normative. Nel senso di una conseguente parziale svalutazione dei tradizionali meccanismi di *corporate governance*, e per la necessità di integrare tali strumenti con altri dispositivi (sui cui vedi appresso), vedi M. LAMANDINI, *Governance dell’impresa bancaria: un (piccolo) interrogativo sulle prospettive evolutive*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 107 ss. Può tuttavia osservarsi che il mero rischio che in determinate condizioni le regole tradizionali di *governance* non funzionino correttamente per un verso non costituisce ragione sufficiente per svalutarne l’efficacia, e per altro verso può anzi indurre a rafforzare taluni presidi.

indurre a non ritenere di tipo eccezionale il modello organizzativo complesso delle banche, basato su un insieme di meccanismi vincolanti di *checks and balances*⁴⁶, e che potrebbe anzi essere talora utilizzato (cautamente, e con il necessario discernimento rispetto alle singole scelte normative) come chiave di lettura, evoluzione ed interpretazione del diritto azionario comune. E ciò appare confermato dal fatto che alcune delle regole organizzative imposte alle banche sono già previste nelle *best practices* di settore, con la differenza che per le banche esse vengono giuridicizzate come vincolanti, piuttosto che essere affidate a varie forme di autoregolamentazione come i codici di autodisciplina⁴⁷.

Di contro, alcune analisi empiriche sembrerebbero dimostrare che i peggiori risultati nel periodo di crisi siano stati subiti proprio da banche che risultavano adottare modelli di *governance* maggiormente in linea con gli *standards* ordinari⁴⁸, il che dovrebbe nuovamente indurre a giustificare

⁴⁶ Sul bilanciamento dei poteri come chiave di lettura del diritto azionario, vedi M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO (nt. 16), I ss.

⁴⁷ In questa direzione, tra gli altri, P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in AA.VV., *L'ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di V. Calandra Buonauro e aa., Giuffrè, Milano, 2014, 7 ss. (vedilo anche in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. Abbadessa*, Utet - Wolters Kluwer, Torino, 2014); ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 53 ss. Nel senso, invece, che la regolamentazione sia decisamente troppo rigida, con conseguente preferenza verso una connotazione di tipo eccezionale per la disciplina bancaria, M. STELLA RICHTER, *Relazione all'incontro di studi "Il governo delle banche fra diritto comune e diritto speciale"*, LUISS School of Law, 16 novembre 2016.

⁴⁸ J. ARMOUR - D. AWREY - P.L. DAVIES - L. ENRIQUES - J.N. GORDON - C. MAYER - J. PAYNE (nt. 38), 372 ss.; e vedi G. WOHLMANNSTETTER, *Corporate Governance von Banken*, in AA.VV., *Handbuch Corporate Governance von Banken*, hrsg. von K.J. Hopt - G. Wohlmannstetter, 2° Aufl., Franz Vahlen - Beck, München, 2011, 69 s., secondo cui le comuni regole di *governance* potrebbero risultare perfino dannose. In tal senso, secondo questo filone di pensiero occorrerebbe anche evitare di accrescere il peso dei soci nella *governance*, sulla base del rilievo che le società con *board* più isolato ed autonomo avrebbero risposto meglio alle emergenze della crisi (e per la rappresentazione della "sana e prudente gestione" come obiettivo non solo della vigilanza, ma anche degli amministratori, condivisibilmente, G. GUIZZI, *Relazione all'incontro di studi "Il governo delle banche fra diritto comune e diritto speciale"*, LUISS School of Law, 16 novembre 2016). La *CRD IV* ha comunque inciso in misura assai ridotta su tale profilo; e le osservazioni riportate sembrano in realtà riferirsi più alla valutazione degli assetti societari (presenza o meno di soci forti di riferimento) che alle regole sul riparto di competenze tra soci ed amministratori.

una effettiva e decisa eccezionalità al sistema bancario⁴⁹. Tuttavia, non appare agevole delineare un rapporto causa-effetto per fenomeni così complessi come le crisi di tipo finanziario; e non sembra che siano stati raggiunti risultati tali da comprovare chiaramente che gli esiti siano dovuti all'asserita specialità del contesto settoriale e non anche a carenze più generali del diritto societario comune.

In ogni caso, l'insieme degli interventi regolamentari, pur pervasivi e fortemente limitativi dell'autonomia statutaria, sembra porsi in larga parte nell'ambito degli spazi a sua volta consentiti dal diritto ordinario⁵⁰, non essendo state accolte spinte verso meccanismi fortemente derogatori, come quelli che avrebbero potuto determinarsi ad es. affidando la nomina di parte degli organi sociali alle autorità di vigilanza⁵¹, con soluzioni innovative ed interessanti, ma difficili da accettare non tanto per ragioni di necessaria coerenza con il mantenimento del sistema bancario nel quadro della *governance* tradizionale, quanto perché verosimilmente troppo rischiose sul piano reputazionale per le stesse autorità di vigilanza (e quindi per il sistema finanziario nel suo complesso).

⁴⁹ Oppure, secondo altri (vedi J. ARMOUR – D. AWREY – P.L. DAVIES – L. ENRIQUES – J.N. GORDON – C. MAYER – J. PAYNE [nt. 38], 380 ss.), a non sopravvalutare il verosimile impatto di un rafforzamento delle regole di *governance*, anche sulla base dell'esperienza americana, che ha preferito concentrare gli sforzi su altri profili (remunerazione degli esponenti, requisiti di professionalità degli esecutivi).

⁵⁰ Avvertono correttamente il rischio che eccessive deroghe rispetto al diritto comune possano ridurre gli investimenti di capitale privato nel settore, G. GUIZZI (nt. 48), M. STELLA RICHTER (nt. 47).

⁵¹ Cfr. M. LAMANDINI (nt. 45), 110. Analogamente, non sembrano per adesso trovare sbocco altre proposte "alternative" rispetto ai meccanismi tradizionali di *governance*, come quella di assegnare parte delle cariche sociali a creditori postergati, fondi di garanzia, etc. (vedi M. LAMANDINI-MUÑOZ, *EU Financial Law*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 511 ss.; E.M. DORENBOS – A.M. PACCES, *Corporate Governance of Banks: Is More Board Independence the Solution?*, 5/2013, in *ssrn.com*; dubitativamente, F. VELLA, *La qualità* [nt. 35], 42). Sul punto, piuttosto che prefigurare l'applicazione forzosa di strumenti particolarmente innovativi, potrebbe forse immaginarsi una cauta apertura (mediante apposite norme regolamentari, che potrebbero essere introdotte ai sensi dell'art. 53 t.u.b.) verso l'autorizzazione di clausole statutarie in tale direzione, anche in deroga al diritto comune (per l'invalidità di una clausola, prevista nello statuto di una banca di credito cooperativo, che assegnava un diritto di gradimento sulle candidature al Fondo di Garanzia, Trib. Rimini, 12 novembre 2014, in *Banca e borsa*, 2016, II, 596 ss., con nota parzialmente adesiva di G. SCAGLIA).

5. *La scelta del sistema di amministrazione e controllo ed il modello di disciplina per funzioni.*

A livello di impostazione generale del sistema, uno dei profili più evidenti e sovente criticati⁵², è quello che riguarda il relativo appiattimento dei vari sistemi di amministrazione e controllo disponibili nei vari ordinamenti e soprattutto nel nostro (che diversamente da altri paesi consente la libera scelta fra tre opzioni). E per vero, va considerato che, a monte, le linee guida EBA scontano indubbiamente il “difetto” di essere state costruite sulla base di un modello, quello monistico, che è prevalente a livello internazionale, ma fortemente minoritario in molti dei principali ordinamenti europei, di tal che l'impostazione in oggetto non appartiene solamente alle DV (che pure hanno indubbiamente accentuato le istanze di uniformazione tra i sistemi).

Al riguardo, si potrebbe rilevare una contraddizione rispetto al principio interpretativo che tende oramai invece a prevalere in diritto comune, e cioè quello secondo cui le particolarità dei singoli modelli dovrebbero essere anzi valorizzate, per permettere un adeguato funzionamento del singolo sistema⁵³. E su tale base, è nota la critica di carattere generale agli orientamenti che appiattiscono la disciplina del consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico e del comitato di controllo nel sistema monistico sul modello del collegio sindacale.

Sul punto, deve innanzitutto apprezzarsi positivamente la scelta di neutralità delle DV tra i tre sistemi⁵⁴, dovuta non solo all'impossibilità di attribuire in via generale meriti prevalenti nel controllo dei rischi ad un

⁵² Vedi, con particolare riferimento al sistema dualistico, G.B. PORTALE (nt. 8), 50 ss.

⁵³ Vedi, tra gli altri, D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, 584 ss.

⁵⁴ Conf., R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 236 ss.; G.B. PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di V. Di Cataldo, Giuffrè, Milano, 2014, 36; M. LIBERTINI (nt. 20), 67. Diversamente orientato, G. LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, in *Banca e borsa 2011*, 708 ss., secondo il quale Banca d'Italia avrebbe dovuto indirizzare il sistema verso il modello più efficiente. E' indubbio, peraltro, che la Banca d'Italia conserva un pieno potere di valutazione sull'adeguatezza degli assetti conseguenti all'adozione di un determinato modello, sia in sede di costituzione che di modifica statutaria (sul punto, nel vigore delle vecchie DV, vedi G.A. RESCIO [nt. 26], 730 ss.).

modello piuttosto che ad un altro⁵⁵, ma anche all'esigenza di non bloccare senza valido motivo le ordinarie dinamiche di selezione ed evoluzione dei modelli (oltre che l'apertura del sistema nazionale verso il mercato europeo)⁵⁶. Anche se va rilevato che le DV smentiscono in parte il principio di neutralità, là dove richiedono che il progetto di governo societario debba necessariamente «individuare in concreto il modello più idoneo ad assicurare l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli», invece di pretendere più correttamente che in sede di eventuale mutamento del sistema la banca si limiti a dimostrare che non si riduca la qualità della *governance*.

Ciò detto, l'impressione è che la disciplina si sia correttamente mossa – almeno in linea di principio – verso una omogeneizzazione del livello di efficacia dei controlli⁵⁷, piuttosto che verso un vero e proprio azzeramento delle differenze⁵⁸; obiettivo difficilmente contestabile come aspirazione di un efficiente sistema di vigilanza⁵⁹.

Del resto, la richiamata eterogeneità in Europa del diritto societario sui profili organizzativi interni⁶⁰ ha comprensibilmente indotto il legislatore della direttiva, e ancor più l'EBA, ad adottare un modello di disciplina per organi “funzionali” (organi di gestione, organo di supervisione strategica e organi di controllo) e non per “organi” societari in senso classico. L'adozione di tale modello – che secondo un condivisibile orientamento può già prestarsi come chiave di lettura del

⁵⁵ Vedi V. CALANDRA BUONAURA (nt. 42), 676 ss., il quale, nel vigore delle DV 2008, tuttavia sottolinea un atteggiamento di sostanziale disfavore per i sistemi alternativi rispetto a quello tradizionale.

⁵⁶ Ma per alcuni casi in cui i legislatori nazionali si sono orientati ad imporre un determinato modello (il dualistico), M. LAMANDINI – D.R.: MUÑOZ (nt. 51), 516.

⁵⁷ Si pensi al profilo dei requisiti di professionalità dei consiglieri di sorveglianza, all'obbligatorietà del comitato interno di controllo nel sistema dualistico, all'assegnazione di tutti i doveri di cui all'art. 2403 c.c. al comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico, alla necessità della giusta causa per la revoca da componente del comitato per il controllo: su questi profili, M. LIBERTINI (nt. 20), 67 ss.

⁵⁸ Per un cenno in questa direzione, O. CAPOLINO, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 81, luglio 2016, 61 ss.

⁵⁹ Su questa istanza, già nel diritto comune, LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riferimento ai c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. Abbadessa*, Utet – Wolters Kluwer, Torino, 2014, 1064 ss.

⁶⁰ *Supra*, § 2.

diritto comune, anche al fine di tenere conto sia delle dinamiche interne al singolo organo, sia delle possibili conformazioni statutarie dei sistemi di amministrazione e controllo⁶¹ – era probabilmente una soluzione obbligata per potere aspirare ad un’applicazione il più possibile uniforme delle regole europee di vigilanza nei vasi paesi membri, senza intervenire sul diritto societario nazionale⁶²; ed è in tal senso intimamente connessa all’intervenuto trasferimento della vigilanza nei confronti delle banche di grandi dimensioni alle autorità europee, ed in particolare alla BCE⁶³.

D’altra parte, la costruzione di un sistema organizzativo per “funzioni” (con relativa attribuzione di regole di funzionamento ed anche requisiti soggettivi disegnati sulla base dei compiti effettivamente svolti), che comporta come corollario la standardizzazione “trasversale” di alcune regole organizzative indipendentemente dal modello adottato, dovrebbe consentire come ulteriore effetto di mantenere un’adeguata autonomia di scelta in capo alle banche sul piano del modello di tipo strettamente societario.

In tal senso, l’impostazione si presenta senz’altro opportuna – oltre che foriera di potenzialità espansive in diritto comune su singoli punti (si pensi alla opportunità di graduare la responsabilità degli organi sociali alle funzioni effettivamente svolte, più che al ruolo formale assegnato) – salva la necessità di doversi naturalmente confrontare con le singole prescrizioni, che non appaiono invece, come si vedrà, sempre condivisibili.

6. Definizione dei ruoli e riparto delle competenze.

Proseguendo l’esame dei profili generali della disciplina, viene fortemente accentuata dalle DV (sulla base di quanto previsto a monte dall’art. 74, dir. 36/2013) – ed esportata anche in ambiti diversi da quelli previsti nel codice civile – una delle linee guida della riforma societaria del

⁶¹ Il riferimento è alla suddivisione dei livelli organizzativi societari in “programmazione”, “gestione” e “controllo”, da parte di C. ANGELICI, *Principi e problemi*, in *La società per azioni*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, proseguito da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012. E vedi anche M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO (nt. 18), XXXVI ss.

⁶² In senso critico, invece, G. PRESTI (nt. 19), 31 ss.

⁶³ Per la coerenza dell’impostazione normativa in questione con le caratteristiche del diritto europeo, M. LAMANDINI (nt. 6), 423 ss.

2003⁶⁴, e cioè quello della rigidità che caratterizza le regole di riparto delle competenze e la definizione dei ruoli all'interno della società (vedi art. 74, dir. 36/2013).

Questa linea trova attuazione in una pluralità di aspetti: solo ad es., la ripartizione di competenze tra organi delegati ed organo amministrativo collegiale (al quale sono riservate materie più estese rispetto a quelle previste dall'art. 2381)⁶⁵; il divieto di cumulo delle funzioni di CEO e di Chairman (vedi § seguente); la ripartizione di competenze tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico (vedi § 11).

La giustificazione di questa tendenza è duplice. Per un verso, di tipo organizzativo: maggiore essendo nelle banche l'attenzione ai profili organizzativi, maggiore risulta inevitabilmente la valorizzazione di una regola - e cioè quella della certezza nel riparto di competenze e nell'attribuzione dei ruoli interni - che costituisce il principio cardine di funzionamento degli organismi complessi (ma per il sistema dei controlli, vedi *infra*, § 10)⁶⁶. Per altro verso, di tipo general-preventivo (in chiave sanzionatoria): la chiara individuazione dei soggetti responsabili delle varie funzioni dovrebbe agevolare, infatti, l'efficacia della vigilanza e l'esercizio dei poteri sanzionatori previsti dalla normativa di settore.

Il principio di chiarezza e rigidità nella ripartizione di competenze attiene, tuttavia, soprattutto all'ambito decisionale. Il sistema di *check and balances* valorizzato nell'ordinamento bancario si intreccia, infatti, con una propensione altrettanto forte verso un rafforzamento dei controlli che, fermo restando il dato formale relativo alla competenza decisionale, in realtà determina spesso un maggiore coinvolgimento (rispetto al diritto comune) di varie strutture interessate nel processo decisionale⁶⁷, mediante atti d'indirizzo, pareri e flussi informativi di vario genere, che tendono a valorizzare istanze di larga condivisione delle scelte imprenditoriali tra i vari livelli dell'organizzazione interna: si pensi, ad es., ai pareri che il collegio sindacale è tenuto a dare sulla definizione degli elementi essenziali dell'architettura del sistema dei controlli.

⁶⁴ Vedi, M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO (nt. 16), XL ss.

⁶⁵ Vedi P. ABBADESSA (nt. 20), 11 ss.

⁶⁶ M. LIBERTINI - A. MIRONE - P.M. SANFILIPPO (nt. 16), 34 ss.

⁶⁷ Conf., con riferimento all'ambito bancario, F. VELLA, *Il nuovo governo* (nt. 35), 31 ss.; e più in generale, P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, 979.

Le due linee di intervento non appaiono, tuttavia, affatto contraddittorie, in quanto rispondono anche in tal caso ad esigenze che attraversano l'intero diritto societario e che, ferme restando le valutazioni sulle singole scelte normative più o meno opportune, appaiono giustamente valorizzate nel loro complesso dalla regolazione di settore. In altri termini, la disciplina bancaria dimostra come il principio del riparto inderogabile di competenze non è in contrasto, ma anzi si completa, con il principio del bilanciamento dei poteri e con quello di collaborazione tra gli organi sociali.

In particolare, sembra emergere una conferma che l'esistenza di una pluralità di ruoli nell'ambito di una medesima materia (si pensi all'adeguatezza degli assetti interni) possa favorevolmente accettarsi, a condizione di essere caratterizzata dall'assenza di meccanismi di sovrapposizione decisionale (che turberebbero invece l'esigenza di efficiente funzionamento dell'impresa), e piuttosto dalla presenza di meccanismi (legali, statutari o regolamentari interni) di suddivisione ed integrazione delle responsabilità secondo funzioni (poteri di proposta, espressione di pareri, raccomandazioni, decisioni e approvazioni, valutazioni, verifiche, vigilanza, *etc.*)⁶⁸ che dovrebbero assumere pregnanza formale e sostanziale anche in punto di responsabilità (sia per l'omesso esercizio dei poteri, sia per l'eccesso o l'abuso dei poteri stessi).

7. *Il divieto di ruoli esecutive per il presidente dell'organo di supervisione.*

Venendo all'esame dei principali profili di specialità delle regole di governo societario nelle banche una delle regole maggiormente contestate – che trova diretto fondamento nell'art. 88, par. 1, lett. e), dir. 36/2013 – è quella che vieta al presidente dell'organo di supervisione (il presidente del c.d.a, nel sistema tradizionale) di ricevere deleghe, di svolgere anche di

⁶⁸ In tal senso può leggersi ad es. la disciplina, per vero eccessivamente barocca, relativa ai rispettivi ruoli del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza nelle competenze riguardanti piani ed operazioni strategiche, in caso di adozione del modello che attribuisce al consiglio di sorveglianza il ruolo di organo di supervisione strategica.

fatto funzioni gestionali, ed anche di partecipare con diritto di voto al comitato esecutivo⁶⁹.

Il divieto incide significativamente sulla prassi societaria, che vede(va) invece non di rado una coincidenza di ruoli, sulla base delle regole di diritto comune che lasciano liberi gli statuti, e gli organi sociali (l'assemblea ordinaria, ma anche lo stesso c.d.a. che nomina l'amministratore delegato), di decidere in merito.

La novità è stata criticata per diverse ragioni⁷⁰: non esisterebbero validi studi che documentino migliori *performance* nelle società che presentino un assetto duale di vertice; l'assetto duale potrebbe determinare conflitti tra organo delegato e presidente, creando rischi di confusione all'esterno sugli assetti di potere; il flusso informativo dall'organo delegato al *plenum* potrebbe essere rallentato dalla presenza di un presidente non esecutivo; i componenti non esecutivi potrebbero essere deresponsabilizzati dall'attribuzione di un ruolo forte al presidente nel raccordo con gli organi delegati.

Nel loro complesso, tali osservazioni spiegano appieno le ragioni per cui in diritto comune (e soprattutto per le società non quotate) la determinazione di tali assetti è lasciata alla libertà organizzativa delle singole società, anche sulla base delle effettive personalità di cui essa dispone: le regole organizzative non sempre sono valutabili in modo del tutto oggettivo ed astratto, e vengono talora modellate anche secondo le professionalità presenti e le dinamiche interne alla singola società.

E tuttavia, la diffusa valutazione secondo cui uno dei principali punti di criticità nel funzionamento delle società bancarie nella recente crisi era costruito dallo "strapotere" dei CEO⁷¹, richiedeva evidentemente

⁶⁹ In argomento, P. ABBADESSA (nt. 20), 15 ss.; C. BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, in *bancaditalia.it* (26 marzo 2014), 14; A. DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *NLCC*, 2015, 600 ss.; R. COSTI, *Relazione introduttiva*, in *AA.VV., Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 7; L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1308 ss.; L. ENRIQUES - D. ZETSCHÉ (nt. 39), 20 ss.; M. IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in *AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 673 ss.

⁷⁰ Vedi, tra gli altri, soprattutto L. ENRIQUES - D. ZETSCHÉ (nt. 39), 20 ss.; inoltre R. COSTI (nt. 69), 9; e limitatamente al divieto di nomina nel comitato esecutivo, M. IRRERA (nt. 69), 679 ss.

⁷¹ Cfr., K.J. HOPT (nt. 1), 29 s. La disposizione - coerentemente con il principio di ripartizione delle competenze e con il sistema dei *check and balances* - riveste peraltro

di intervenire sul ruolo di presidente, quale figura di cerniera tra l'organo gestionale e gli altri attori della *governance*, la cui disciplina viene significativamente arricchita (soprattutto sul piano della circolazione delle informazioni all'interno della società)⁷² rispetto al diritto comune⁷³.

E se l'intervento si fosse limitato a profili di tipo procedurale e informativo, probabilmente le modifiche non sarebbero state idonee ad assicurare un'adeguata cesura rispetto alle prassi deteriori. In definitiva, gli inconvenienti rappresentati appaiono, nell'ottica di settore, meno pregnanti rispetto all'esigenza di costruire un adeguato sistema di bilanciamento dei poteri interni, che risulti efficace e credibile sia all'interno dell'organizzazione societaria che all'esterno (anche nei rapporti con la vigilanza)⁷⁴.

Il divieto di partecipazione con diritto di voto al comitato esecutivo – e con ciò l'assoluto divieto di compartecipazione alla gestione operativa – assicura coerentemente il principio di separazione dei ruoli ed autonomia delle funzioni, che costituisce uno degli obiettivi della regolazione⁷⁵.

Peraltro, la normativa consente deroghe occasionali, autorizzabili da parte delle autorità di vigilanza sulla base di motivate esigenze della singola banca, ed anche se si è osservato che la deroga verrà difficilmente

anche la funzione (secondaria ma non del tutto irrilevante) di preservare l'autonomia dell'amministratore delegato da eccessive interferenze di presidenti particolarmente forti (C. BARBAGALLO [nt. 69], 12), ad es. perché direttamente collegati con i soci di controllo.

⁷² Cfr., in particolare, L. ARDIZZONE (nt. 69), 1321 ss.

⁷³ In tal senso, l'importanza del ruolo assegnato al presidente dell'organo di supervisione legittima la possibilità di utilizzare la denominazione "presidente della banca": L. ARDIZZONE (nt. 69), 1308.

⁷⁴ Le DV non sono invece intervenute sul tema della nomina, non raccogliendo sollecitazioni che – anche ai fini delle *best practices* – tendono a preferire la nomina assembleare (sul punto, G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum P. Abbadessa*, Utet – Wolters Kluwer, Torino, 2014, 1060 s.; L. ARDIZZONE [nt. 69], 1322); ed il silenzio del regolatore esclude che si possa delineare per via interpretativa una posizione ostativa rispetto alla nomina consiliare consentita dal diritto comune (P. SANFILIPPO – [G. SPADARO], *Il presidente del consiglio di amministrazione e il lead independent director*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 390).

⁷⁵ In senso critico rispetto alla scelta normativa, A. DE PRA (nt. 69), 606 s. Più opinabile, invece, è il divieto di partecipazione ai comitati interni in funzione di presidente (in senso critico, V. CALANDRA BUONAURA [nt. 34], 22 s.), che rischia peraltro di moltiplicare eccessivamente le figure di vertice.

chiesta ed ottenuta, vista la chiara indicazione da parte del legislatore europeo⁷⁶, la rigidità del modello trova comunque un correttivo che può essere utilizzato dalle banche ove congruamente motivato. E in particolare, la deroga potrebbe trovare giustificazione in caso di comitati esecutivi ad impianto fortemente collegiale, in cui siano pertanto minori i rischi di conduzione solitaria ed autoreferenziale della gestione.

A ciò si aggiunga che il presidente dell'organo di supervisione svolge una funzione di raccordo con Autorità di vigilanza, in quanto sottoscrive le segnalazioni di vigilanza insieme al presidente dell'organo di controllo (Istruzioni di vigilanza, Titolo VI, cap. 1, sez. II, § 3), ragion per cui è comprensibile che tale figura debba in linea di principio mantenere una forte autonomia rispetto all'organo gestionale⁷⁷.

Il complessivo assetto previsto sul punto dalle DV non può pertanto dirsi irragionevole, alla luce delle particolari istanze di controllo sull'operato degli organi gestionali che caratterizzano la disciplina di settore; dovendo semmai indurre le autorità di vigilanza a non adottare posizioni pregiudizialmente rigide di fronte alle richieste di deroga⁷⁸.

Sul piano interpretativo, residuano peraltro numerosi profili da valutare.

In via generale, la ricostruzione del presidente come "regista" della *governance* societaria ed interna non sembra dovere sfociare in una necessaria posizione di vera e propria "terzietà"⁷⁹. Come avviene nel diritto comune⁸⁰, il presidente non assume alcun dovere di neutralità ed imparzialità rispetto alle dinamiche societarie, e può pertanto a mio avviso legittimamente "interferire" nel processo decisionale dell'organo di supervisione, formulando proposte ed utilizzando appieno il proprio

⁷⁶ L. ENRIQUES - D. ZETSCHKE (nt. 39), 22 s.

⁷⁷ Cfr. R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 238.

⁷⁸ Se correttamente interpretato, il sistema non risulta pertanto così lontano da quello previsto nel codice di autodisciplina, che raccomanda già la separazione dei ruoli tra presidente e *CEO*, richiedendo che in caso contrario venga istituita la figura del *lead independent director* (in argomento, [P.M. SANFILIPPO] - G. SPADARO [nt. 74], 416 ss.). E del resto, la separazione dei ruoli è una costante nei codici di *best practice* (sul tema, M. IRRERA [nt. 69], 676).

⁷⁹ Per questa posizione, invece, L. ARDIZZONE (nt. 69), 1345, che formula il paragone (non convincente) con gli incarichi di tipo istituzionale negli organi politici.

⁸⁰ Cfr., [P.M. SANFILIPPO] - G. SPADARO, 415 ss.

ruolo per influenzare nel merito le decisioni (potere-dovere che spetta ad ogni amministratore, e pertanto anche al presidente)⁸¹.

Il principio della separazione dei ruoli si lega infatti principalmente alla rilevanza determinante dei flussi informativi, il cui migliore approntamento richiede l'assegnazione di una competenza in capo ad una figura *ad hoc*, appositamente dedicata e caratterizzata da particolare credibilità ed autorevolezza⁸², che sarebbero tuttavia svilite se il presidente dovesse sempre assumere una posizione di vera e propria terzietà⁸³.

Analogamente, la previsione del divieto di voto in comitato esecutivo non sembra doversi interpretare estensivamente, fino a precludere l'intervento del presidente nel dibattito collegiale⁸⁴. Per quanto la partecipazione al comitato abbia la finalità principale di raccordo informativo, la norma vieta infatti solamente l'attribuzione di peso nella votazione, e non sembra opportuno escludere che il presidente occasionalmente formuli osservazioni ed avanzi anche proposte durante i lavori dell'organo esecutivo, a condizione naturalmente di non condizionare in modo sistematico ed invasivo i lavori dell'organo gestionale⁸⁵.

Maggiori perplessità, invece, suscita l'ipotesi di assegnare al presidente compiti di convocazione e coordinamento dei lavori del comitato esecutivo (con sostanziali funzioni di presidenza dell'organo gestionale)⁸⁶, dato che le DV vietano *tout court* l'assunzione di membro del

⁸¹ Ed infatti, non sembrano da ritenersi vietate nelle banche le clausole di *casting vote* a favore del presidente, in caso di stallo gestionale.

⁸² Donde anche l'opportunità di una differenziazione nei requisiti minimi di professionalità tra esecutivi e non (incluso il presidente): conf. M. COMANA, *Governance bancaria o governance dei rischi: sinonimi o complementi?*, in *Banche e banchieri*, 2014, 301 ss.

⁸³ I criteri della equidistanza ed imparzialità, previsti dalle DV, sembrano pertanto riferiti alla sola circolazione delle informazioni, e non allo svolgimento dei lavori collegiali.

⁸⁴ In tal senso, invece, L. ARDIZZONE (nt. 69), 1338, con riferimento alle «valutazioni di merito».

⁸⁵ E' pertanto indicativo che le DV prevedano la "partecipazione" e non la mera "assistenza" del presidente ai lavori del comitato esecutivo.

⁸⁶ Per questa tesi, invece, M. IRRERA (nt. 69), 680 ss. La soluzione negativa si lascia preferire anche in considerazione del fatto che nel dualistico è vietata pure partecipazione senza diritto di voto del presidente dell'organo di supervisione alle sedute dell'organo gestionale; la soluzione positiva determinerebbe pertanto un'eccessiva asimmetria tra i due modelli di amministrazione e controllo.

comitato, e che le competenze in questione potrebbero condizionare i lavori del comitato in misura non meno significativa del diritto di voto, con il rischio di vanificare la *ratio* della disposizione regolamentare.

8. *La diversity nella composizione dell'organo di supervisione.*

Un secondo punto topico della *governance* bancaria è quello relativo alla composizione dell'organo di supervisione strategica, che dev'essere caratterizzato non solo da requisiti di professionalità e (in parte anche) indipendenza (art. 26, co. 3, lett. b, t.u.b.), ma anche - e qui sta il principale elemento di novità - da un adeguato livello di eterogeneità nelle caratteristiche dei componenti, i quali devono presentare «competenze diffuse (...) e opportunamente diversificate» (DV), e pertanto «riflettere una gamma sufficientemente ampia di esperienze» (art. 91, dir. 2013/36), sulla base di criteri attinenti una serie di parametri: età, genere, provenienza geografica, studi ed esperienza professionale.

Il considerando n. 90 della direttiva esplicita le ragioni di questa scelta nell'idea che la mancanza di controllo sull'operato degli organi di gestione dipenderebbe principalmente dall'esigenza di contrastare il fenomeno della c.d. mentalità di gruppo (*group thinking*), che sarebbe a sua volta favorito dalla mancanza di "diversità" nella composizione degli organi sociali⁸⁷. Così, per favorire «l'indipendenza delle opinioni e il senso critico», risulterebbe necessario imporre un adeguato tasso di diversificazione individuale, sulla base di tutti i criteri indicati. Nelle DV

⁸⁷ Anche l'opinabile e difficilmente verificabile rilievo, secondo cui una maggiore presenza del genere femminile sarebbe auspicabile in quanto capace di ridurre la propensione al rischio (sul punto, L. ENRIQUES - D. ZETSCHÉ [nt. 39], 9 ss.) non appare convincente, perché il principio di "sana e prudente gestione", più che indurre di per sé ad una riconsiderazione dei doveri degli amministratori nel senso di una vera e propria contrazione del livello di rischio d'impresa in sé (in questa direzione, ma in forma problematica, G. GUIZZI [nt. 48]; e G. LEMME [nt. 54], 707, secondo cui il principio della sana e prudente gestione dovrebbe comportare come corollario quello di una vera e propria "avversione al rischio", in termini pertanto non condivisibili; ma vedi V. CALANDRA BUONAURA [nt. 42], 672 s., secondo cui il principio di prudenza premierebbe i soci "stabili"), dovrebbe comportare soprattutto maggiori doveri e responsabilità nella gestione e nel trattamento dei rischi. Nel senso che la gestione dei rischi debba essere di tipo proattivo e non difensivo, M. COMANA (nt. 82), 304 s. Rileva correttamente come in situazioni di crisi un eccesso di collegialità (obiettivo strettamente collegato alla *diversity*) possa anche ostacolare la reattività dell'impresa, S. AMOROSINO (nt. 34), 51.

(ma non nella direttiva) si precisa, inoltre, che la *diversity* dovrebbe favorire la presenza di competenze diffuse nell'organo, evidentemente in funzione di un esercizio efficace delle relative attribuzioni.

Questa linea di pensiero ha trovato di recente sbocco anche nella lettura della normativa in materia di rappresentanza di genere nelle società pubbliche e quotate, che viene da molti giustificata proprio in termini di "arricchimento" del processo decisionale⁸⁸. La funzione di contrasto al *group thinking* dovrebbe essere, tuttavia, attribuita a quelle sole discipline che prendano in considerazione stabilmente una pluralità di criteri, idonei ad assicurare una complessiva composizione eterogenea dell'organo collegiale (come accade in ambito bancario), e non a normative come quelle in materia di mera parità di genere. La tesi - ove riferita alle sole quote di genere - sembra inoltre opinabile sul piano dei presupposti, richiamando una vera e propria diversità strutturale tra le rispettive capacità intellettuali ed operative, che sembra ancorare il discrimine su dati antropologici più che socio-culturali.

La finalità (quanto meno prevalente) delle normative in materia di parità di genere - al di là delle incerte evidenze sui risultati in termini di *performance* aziendali⁸⁹ - dovrebbe essere pertanto tendenzialmente mantenuta all'interno delle tradizionali (e condivisibili) istanze di superamento delle discriminazioni (e con ciò al principio di eguaglianza sostanziale), oltre che alla opportunità di favorire l'emersione di competenze poco sfruttate (a correzione del fallimento di mercato nella selezione delle migliori professionalità)⁹⁰. E ciò è confermato dal carattere

⁸⁸ Cfr. U. MORERA, *Sulle ragioni dell'equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Studi in onore di Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, 531 ss.; E. DESANA, *La legge n. 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione*, in orizzontideldirittocommerciale.it.

⁸⁹ Per i risultati di alcune indagini empiriche, vedi L. ENRIQUES - D. ZETSCHÉ [nt. 39], 12 ss.

⁹⁰ Per quest'ultima prospettiva, che va tenuta distinta dalla precedente sopra criticata, L. CALVOSA - S. ROSSI, *Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle imprese*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2003, 3 ss. In tal senso, varie ricerche tendono a supportare l'idea che il livello di professionalità dei c.d.a. nelle società quotate sia stato significativamente elevato dopo l'introduzione delle quote di genere (S. DEL PRETE - M.L. STEFANI, *Women as "gold dust": gender diversity in top boards and the performance of italian banks*, in *Banca d'Italia, Temi di discussione [Working papers, n. 1014/2015]*); esito che secondo la prospettiva più realistica sembra dovuto all'effetto di rottura rispetto allo *status quo ante* (caratterizzato, anche in ambienti meno chiusi rispetto a quello italiano, come la Germania [vedi E. ANDREANI - D. NEUBERGER, *Corporate governance bancaria e*

transitorio della disciplina, che non troverebbe spiegazione se la *ratio* fosse quella di contrasto al *group thinking*.

Nel caso delle banche, invece, è indiscutibile che l'assunto sia quello di una maggiore efficienza, quanto meno nei controlli sull'organo di gestione, da parte di organi consiliari fortemente diversificati.

Ma la critica, a questo punto, dev'essere inevitabilmente più radicale, rispetto alle diverse valutazioni che potrebbero legittimamente confrontarsi nei confronti della disciplina delle quote (che costituisce pur sempre una opinabile interferenza del regolatore sulle scelte private dei soci). Come si è ampiamente esposto in dottrina⁹¹, non esiste, infatti, alcuna evidenza che un *board* fortemente diversificato riesca ad assicurare risultati migliori (anche solo in termini di controllo) rispetto ad un organo caratterizzato da maggiore omogeneità interna, essendo invece ampiamente immaginabili i rischi che un tale sistema può comportare: la perdita di professionalità utili, una maggiore conflittualità interna, una peggiore circolazione delle informazioni, una tendenza verso l'adozione di meccanismi formali di deresponsabilizzazione (annotazione a verbale di rilievi, dissensi, etc.), una notevole complicazione del processo di selezione degli amministratori⁹².

In definitiva, è fortemente dubbio che la misura risulti coerente con gli obiettivi dichiarati dalla normativa. Del resto, il quadro normativo speciale prevede già - e ben più comprensibilmente - dei vincoli nella selezione degli amministratori, sotto il profilo della professionalità e dell'indipendenza, della rappresentanza d'interessi (essendo obbligatoria nelle società bancarie la nomina nell'organo di supervisione strategica di

sistema dualistico: riflessioni sull'esperienza tedesca, in *BIS*, 2007, 197 ss.], dalla difficoltà di ricambio generazionale e professionale), ed alla conseguente applicazione - di fronte all'obbligo di rinnovare profondamente la composizione degli organi - di processi di selezione più virtuosi (G. FERRARI - V. FERRARO - P. PROFETA - C. PRONZATO, *Gener Quotas: Challenging the Boards, Performance, and the Stock Market*, CESifo Working Paper n. 6084/2016, in *ssrn.com*; F. VELLA, *La qualità* [nt. 35], 47) rispetto alle prassi precedenti (e vedi M. BIANCO - A. CIAVARELLA - R. SIGNORETTI, *Women on corporate boards in Italy: the role of family connections*, in *Corporate Governance, An International Review*, 2015, vol. 23, 129 ss.).

⁹¹ L. ENRIQUES - D. ZETSCHKE [nt. 39], 9 ss.

⁹² J. ARMOUR - D. AWREY - P.L. DAVIES - L. ENRIQUES - J.N. GORDON - C. MAYER - J. PAYNE (nt. 38), 377 s.; L. ENRIQUES - D. ZETSCHKE (nt. 39), 9 ss.

componenti espressione della minoranza)⁹³ e dell'impegno nei doveri della carica (il riferimento è al limite per il cumulo degli incarichi, previsto dall'art. 26, co. 3, lett. 2, t.u.b.).

Di contro, i limiti all'autonomia organizzativa sono qui penetranti, incidendo su un profilo – la scelta degli amministratori – che andrebbe in linea di principio rimesso alla libertà dei soci, soprattutto in assenza di evidenze contrarie o interessi superiori. Oltretutto il criterio, nella misura in cui si applica anche ad elementi come il «percorso formativo e professionale» (considerando 60), rischia di confliggere con la prescrizione secondo cui occorre che «la compagine dei componenti non esecutivi posseda ed esprima adeguata conoscenza del *business* bancario»⁹⁴.

E sorge il dubbio che l'enfasi sulla *diversity* sia in qualche modo dovuta alla necessità di mascherare l'incapacità di intervenire su altri e più delicati snodi, come ad es. l'opportunità di inserire degli opportuni periodi di *cooling-off* tra cariche operative e cariche presidenziali⁹⁵; ma anche soprattutto l'esigenza di regolare normativamente in modo finalmente armonizzato e compiuto il tema dei requisiti di professionalità⁹⁶.

D'altra parte, il trasferimento della vigilanza prudenziale per le banche “significative” alla BCE è destinato ad innescare inevitabilmente un processo di rinnovamento sul piano normativo, come dimostra la recente pubblicazione da parte dell'Autorità europea di un documento di consultazione sul c.d. *fit and proper assessment*⁹⁷.

Ed infatti, il documento si muove su un'impostazione ancora precaria del sistema, sulla base del quale la BCE – non essendo stata armonizzata in sede europea la disciplina in materia di requisiti di professionalità⁹⁸ – applicherà per le banche dell'Eurosistema (anche ai fini

⁹³ Ma per l'opportunità di intensificare tali forme di rappresentanza, F. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, 98 s.

⁹⁴ Sul punto, H. HAU – M. THUM, *Subprime Crisis and Board (In-)Competence: Privat vs. Public Banks in Germany*, INSEAD Working paper, 2010.

⁹⁵ In questa direzione, E. ANDREANI - D. NEUBERGER (nt. 90), 224 s., G.B. PORTALE (nt. 8), 59; K.J. HOPT (nt. 1), 30.

⁹⁶ In Italia, com'è noto, la normativa regolamentare è ferma al d.m. Tesoro, 18 marzo 1998, n. 161. Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Gli amministratori di banche nella disciplina di vigilanza*, in *AGE*, 2004, 101 ss.

⁹⁷ ECB, *Draft Guide to fit and proper assessment*, november 2016.

⁹⁸ Vedi, infatti, il coevo documento di consultazione EBA (cit. *supra*, § 1), che prevede (anche se in forma ben più generica di quanto – apparentemente in modo non

del potere di *removal*) direttamente le singole normative nazionali⁹⁹. Ed in tale contesto, pur essendo il documento formalmente “non vincolante”, e destinato ad entrare in funzione in caso di lacune nel diritto nazionale¹⁰⁰, è evidente l’obiettivo di perseguire – sia pure con finalità quasi suppletive rispetto al legislatore europeo – per un verso una maggiore (e necessaria) uniformazione dei criteri sostanziali¹⁰¹, e per altro verso un significativo incremento del livello di professionalità, opportunamente differenziando le posizioni di esecutivi e non ¹⁰², e prevedendo altrettanto opportunamente procedure di esame individuale in caso di mancato superamento delle soglie standard.

9. *Poteri e doveri dei non executives.*

Altro profilo di particolare rilievo è quello relativo ai doveri degli amministratori non esecutivi, che appaiono accresciuti da molte previsioni normative: solo ad es., il dovere di agire con autonomia di giudizio rispetto ai soci, di cui il singolo amministratore è espressione; la stessa presenza dei requisiti di professionalità previsti dalla legge (che incide indirettamente sul criterio “elastico” di cui all’art. 2392, co. 1, c.c.); il dovere di astensione in caso di conflitto d’interessi; e soprattutto il potere-dovere di acquisire, avvalendosi dei comitati interni (ove presenti), informazioni dal *management* e dalle funzioni aziendali interne, nonché la previsione di flussi informativi aziendali diretti (non mediati dal presidente) destinati (anche) all’organo di sorveglianza.

E’ idea diffusa, al riguardo, che l’insieme di tali prescrizioni, e il complessivo assetto della *governance* bancaria, incentrata sul controllo attivo degli organi di gestione da parte dell’organo di sorveglianza,

coordinato – propone la BCE) una maggiore attenzione per i requisiti di professionalità degli esponenti bancari.

⁹⁹ M. CERA, *Relazione all’incontro di studi “Il governo delle banche fra diritto comune e diritto speciale”*, LUISS School of Law, 16 novembre 2016.

¹⁰⁰ In particolare, i criteri guida della BCE sembrerebbero doversi applicare in caso di mancata scelta contraria da parte del legislatore nazionale.

¹⁰¹ Il processo di uniformazione dovrebbe essere agevolato dalla competenza della Corte di Giustizia (dopo il riesame, di tipo non giudiziale, da parte del *Board of Review*): su questi temi, in generale, M. LAMANDINI (nt. 6), 439 ss.

¹⁰² Per l’opportunità che i ruoli non esecutivi non siano necessariamente affidati a specialisti del settore, M. COMANA (nt. 82), 311 ss.

comporti (o quanto meno rischi di comportare) un incremento del livello di responsabilità a carico degli organi delegati¹⁰³, sulla base peraltro di una tendenza che sembra già rinvenibile nella giurisprudenza amministrativa in materia di sanzioni amministrative contro gli esponenti bancari¹⁰⁴, e che troverebbe anche qui giustificazione nelle particolari esigenze di tutela della stabilità del sistema bancario¹⁰⁵.

Indubbiamente, la possibilità che il reticolo di previsioni normative speciali accresca di fatto il rischio di responsabilità degli amministratori di banche è ben plausibile (il che avviene sia per le molteplici norme di dettaglio inserite nelle DV - ad es. per l'individuazione degli assetti organizzativi adeguati - sia per l'altrettanto frequente utilizzo di svariate clausole generali nella descrizione dei vari doveri). E', pertanto, senz'altro fondato il timore che si verifichino i classici effetti di *overdeterrence*¹⁰⁶, costituiti fra l'altro dall'aumento dei costi (ad es. assicurativi), dalla maggiore difficoltà di reperire risorse adeguate per ruoli non esecutivi, dalla inibizione verso strategie innovative e comportamenti "fuori dal coro"¹⁰⁷ e dalla correlativa tendenza verso eccessi ingiustificati di prudenza¹⁰⁸.

In effetti, l'aggravamento della posizione dei *non-executives* sembra realizzarsi soprattutto nell'ambito del sistema sanzionatorio speciale, che risulta utilizzato pervasivamente dall'Autorità di vigilanza¹⁰⁹ (anche nelle banche, come nelle società comuni, rimane raro l'esercizio delle azioni di responsabilità al di fuori delle procedure concorsuali). Ma in tale ambito, va considerato che la disciplina (come modificata, su delega del d.l. 72/2015, dalla circ. Banca d'Italia, 3 maggio 2016) prevede a sua volta dei correttivi interni potenzialmente validi, come quello della graduazione

¹⁰³ S. AMOROSINO (nt. 34), 47; J. ARMOUR - D. AWREY - P.L. DAVIES - L. ENRIQUES - J.N. GORDON - C. MAYER - J. PAYNE (nt. 38), 389; V. CALANDRA BUONAURA (nt. 34), 30 s.; P. MARCHETTI (nt. 7), 415.

¹⁰⁴ Vedi Cass., 2737/2013.

¹⁰⁵ Cfr. K.J. HOPT (nt. 1), 22, il quale ritiene necessario aumentare il livello di responsabilità degli amministratori in ragione dei doveri fiduciari verso i creditori (e pertanto anche i depositanti); GUIZZI (nt. 48); e G.B. PORTALE (nt. 54), 25 s., il quale si sofferma sulla condizione di sostanziale irresponsabilità dei consiglieri di sorveglianza nella situazione precedente alla CRD IV.

¹⁰⁶ C. BARBAGALLO (nt. 69), 15 s.

¹⁰⁷ L. ENRIQUES - D. ZETSCHKE (nt. 39), 15 ss.

¹⁰⁸ J. ARMOUR - D. AWREY - P.L. DAVIES - L. ENRIQUES - J.N. GORDON - C. MAYER - J. PAYNE (nt. 38), 389 s.

¹⁰⁹ Per alcuni dati, P. SCHWIZER (nt. 35), 9.

della sanzione in rapporto ad una serie di elementi – tra cui il “grado di responsabilità” o la “capacità patrimoniale” dell’esponente, la “gravità e la durata della violazione”, e i benefici personalmente ottenuti dal comportamento illecito – che potrebbero controbilanciare la posizione dei non esecutivi rispetto all’organo di gestione ed evitare alcuni dei classici inconvenienti delle azioni di responsabilità. E tali caratteristiche potrebbero contribuire a configurare il sistema sanzionatorio come vero e proprio surrogato (sul piano della funzione general-preventiva) delle azioni di responsabilità, tenuto conto che in ambito bancario (come in tutte le società di grandi dimensioni) ben difficilmente la funzione compensativa di queste ultime può essere perseguita in modo efficace.

Deve negarsi, tuttavia, che il sistema preveda norme effettivamente eccezionali rispetto al diritto comune in punto di responsabilità; mentre l’incremento (di fatto) del livello di responsabilità sembra dipendere dalla previsione a monte di alcuni doveri e poteri (come quello *lato sensu* ispettivo, previsto dalle DV sopra richiamate)¹¹⁰ che non sono effettivamente previsti nella disciplina legale delle s.p.a., ma che non dovrebbero valere a derogare il modello previsto dall’art. 2381 c.c. (essendo a loro volta, in molti casi, liberamente inseribili negli statuti di diritto comune). La gran parte delle previsioni, a sua volta, dovrebbe essere piuttosto vista come volta a concretizzare clausole generali (quali il dovere di agire in modo informato o il dovere di valutare l’adeguatezza degli assetti) previste nel sistema codicistico¹¹¹.

Sul piano interpretativo, andrebbe anzi valorizzato lo sforzo del regolatore di articolare in modo autonomo le funzioni (e pertanto i doveri) dei vari organi (di gestione, di supervisione e di controllo), con sfumature che – anche in ordine alle stesse materie – definiscono in modo spesso differenziato i rispettivi ruoli.

In tal senso, la stessa previsione dei comitati interni, che viene spesso vista come possibile fonte di incremento di responsabilità per i non esecutivi¹¹², alla luce degli strumenti che in tal modo il sistema prevede

¹¹⁰ Cfr. A. DE PRA (nt. 69), 583 ss.

¹¹¹ Vedi A. MINTO (nt. 13), 631 ss.

¹¹² Ad avviso di CALANDRA BUONAURA (nt. 34), 24 ss., il ruolo fondamentale attribuito al comitato rischi potrebbe produrre un accrescimento del grado di responsabilità dei non esecutivi, anche senza reale coinvolgimento degli stessi (ma vedi lo stesso A., *infra*, nt. seg.). Nel senso che la disciplina preveda un ruolo eccessivo dei comitati, con rischio di svalutazione degli organi collegiali, G. LEMME (nt. 54), 718 s. Contro, e condivisibilmente, per l’importanza fondamentale dei comitati anche nelle

per l'acquisizione delle informazioni utili, dovrebbe apprezzarsi anche quale strumento idoneo a graduare il livello di responsabilità (e in determinati casi anche ad escludere la responsabilità dei componenti non esecutivi), visti i compiti ed i poteri affidati a tali strutture, piuttosto che come argomento per appiattare le posizioni di tutti i componenti dell'organo di supervisione¹¹³.

Per il resto, affermazioni che si rinvencono frequentemente nella giurisprudenza in materia sanzionatoria, come quella per cui il dovere di agire informato presuppone un'adeguata conoscenza dell'attività imprenditoriale¹¹⁴, nonché il dovere di attivarsi (nei limiti dei poteri disponibili) per esercitare un concreto monitoraggio dei delegati, quella per cui l'assenza di una stabile retribuzione non comporta una riduzione dei doveri di diligenza¹¹⁵, quella per cui la complessa articolazione della struttura non esonera da responsabilità per l'inadeguatezza degli assetti¹¹⁶, o ancora quella per cui le relazioni "tranquillizzanti" degli uffici interni non esonerano di per sé gli amministratori dalla responsabilità¹¹⁷, non presentano, come detto, un carattere effettivamente derogatorio rispetto al sistema codicistico. Il che non contraddice il rilievo per cui il sistema sanzionatorio viene effettivamente applicato spesso in modo rigido dall'Autorità di vigilanza, restando obiettivamente difficile - vista l'ampia (o quanto meno l'ampio dovere di) circolazione delle informazioni tra gli organi sociali - aspirare ad un totale esonero della responsabilità per il singolo amministratore nel caso in cui emergano gravi irregolarità da parte degli esecutivi¹¹⁸ (il che non nega, peraltro, la sensazione che la

banche di piccole dimensioni, M. COMANA (nt. 82), 312 s., il quale mette in evidenza che l'esistenza dei rischi di aggiramento delle competenze collegiali o di cattivo funzionamento di tali strutture non può costituire argomento per negarne la validità o preferire assetti collegiali puri. Nel senso che la previsione obbligatoria del comitato interno di controllo nel sistema dualistico con organo di supervisione incentrato sul consiglio di sorveglianza non depotenzi la funzione collegiale, condivisibilmente, A. MINTO (nt. 13), 660.

¹¹³ Conf., nel senso che la responsabilità per le decisioni istruite dai comitati dovrebbe essere esclusa in caso di informazione inadeguata e non sospetta, V. CALANDRA BUONAURA (nt. 34), 26, nt. 8.

¹¹⁴ Cass., 2737/2013.

¹¹⁵ Cass., 14305/2010.

¹¹⁶ Cons. Stato, 4484/2012.

¹¹⁷ Cass., sez. un., 20934/2009.

¹¹⁸ R. LENER - L. GALANTUCCI, *A che cosa serve oggi il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza?*, in *Banca e borsa*, 2011, II, 81 ss. Sotto

Banca d'Italia tenga effettivamente conto delle singole posizioni soprattutto in materia di quantificazione delle sanzioni).

In definitiva, quanto meno sul piano interpretativo, sarebbe auspicabile uno sforzo per ridurre la divergenza del diritto societario delle banche, rispetto al diritto societario comune, piuttosto che ad aggravare il solco tra i due sistemi¹¹⁹.

10. *L'organo di controllo.*

La posizione dell'organo di controllo nelle banche è sempre stata caratterizzata da ampi tratti di specialità, dovuti alla peculiare funzione di raccordo con l'Autorità di vigilanza (art. 52 t.u.b.), che finisce per influenzarne tutta la disciplina¹²⁰.

Le DV si caratterizzano, tuttavia, per un elemento di novità, costituito dal coinvolgimento dell'organo di controllo, e in particolare del collegio sindacale nel sistema tradizionale, nel procedimento decisionale in alcune materie – la nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali interne, la definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli – per le quali esso deve essere obbligatoriamente sentito.

Si è osservato, pertanto, che il collegio sindacale assumerebbe nelle banche un vero ruolo di indirizzo¹²¹, che potrebbe (e a questo punto dovrebbe) essere esercitato in modo generalizzato, con la conseguenza ad es. che i sindaci avrebbero in linea di principio il dovere di promuovere interventi correttivi in ambito gestionale¹²². E tale scelta sarebbe coerente

altro profilo, è vero che in caso di gravi fallimenti della *governance* è difficile fornire la prova contraria sull'adeguatezza degli assetti, ma quanto meno sul piano civile (e in parte anche su quello sanzionatorio) resta ferma la necessità di valutare attentamente il nesso di causalità rispetto al danno allegato (e trattasi di prova talora non del tutto agevole, se richiesta in modo "rigoroso"): conf., V. CALANDRA BUONAURA (nt. 34), 33 ss.; Trib. S. M. Capua Vetere, 1.10.2010.

¹¹⁹ Nella stessa prospettiva, V. CALANDRA BUONAURA (nt. 42), 691 ss.

¹²⁰ Cfr. U. MORERA, *I sindaci nelle banche*, in *Dir. banc.*, 1999, 214 ss.

¹²¹ G.B. PORTALE (nt. 8), 52.

¹²² P.F. MONDINI, *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *BIS*, 2015, 44 ss.

con l'evoluzione della figura nel diritto azionario, che reclamerebbe più in generale un maggiore coinvolgimento dei sindaci nelle scelte gestionali¹²³.

In realtà, il sistema codicistico non sembra prevedere elementi significativi di variazione rispetto alla tradizionale connotazione del collegio sindacale come organo "censorio"¹²⁴. L'impressione, pertanto, è che i due casi di coinvolgimento dell'organo di controllo mediante il rilascio di pareri obbligatori siano dettati dal riconoscimento di un particolare ruolo del collegio sindacale come capofila dei controlli interni in ambito bancario¹²⁵, limitatamente pertanto a tale - pur importante - ambito. Il che, a sua volta, tali prescrizioni non dovrebbero determinare refluenze sull'impostazione generale del modello tradizionale.

L'orientamento opposto finirebbe, peraltro, per appiattare il sistema tradizionale su quello monistico; evoluzione di per sé astrattamente non irragionevole a livello di sistema (ove si propenda per una maggiore efficienza di controlli non meramente censori, soprattutto nelle società di piccole-medie dimensioni)¹²⁶, ma che sembra scontrarsi con l'oggettivo disegno del legislatore della riforma societaria di assicurare la possibilità per le imprese - salva l'adozione di modelli alternativi - di mantenere il sistema tradizionale nei suoi connotati storici, con i relativi difetti e pregi, tra i quali rientra quello di dotarsi un organo di controllo - nella specie deputato alla nota funzione di cerniera tra la banca e l'Autorità di vigilanza (art. 52 t.u.b.)¹²⁷ - caratterizzato da una più marcata autonomia rispetto agli organi decisionali della società.

¹²³ G.B. PORTALE (nt. 8), 52 s.

¹²⁴ Conf., M. LIBERTINI (nt. 20), 65.

¹²⁵ Cfr. P. MONTALENTI (nt. 47), 29 s. Sul punto, deve segnalarsi l'orientamento critico di G. PRESTI (nt. 19), 35, secondo cui la posizione del collegio sindacale rischierebbe di essere negativamente influenzata dalla competenza dell'organo di supervisione in materia di architettura del sistema di controllo interno. Non sembra, tuttavia, che tale competenza sia in grado di pregiudicare i flussi verso il collegio sindacale, anche perché le scelte dell'organo di supervisione devono necessariamente assicurare i livelli informativi previsti dalle DV in termini di qualità e quantità delle informazioni, ed in caso contrario l'organo di controllo dovrebbe avere tutti i poteri necessari per intervenire a tutela della propria funzione (al di là del parere preventivo previsto dalla normativa regolamentare). E d'altra parte, sottrarre tale competenza all'organo amministrativo avrebbe comportato una deroga particolarmente forte al modello codicistico previsto dall'art. 2381 c.c., difficilmente giustificabile sul piano sistematico.

¹²⁶ Vedi, M. LIBERTINI (nt. 59), 1080 ss.

¹²⁷ Ma in termini più sfumati il ragionamento può riproporsi per tutte le società soggette a regolazione amministrativa e per le società quotate.

11. *I vincoli nell'adozione del sistema dualistico.*

Particolarmente incisivo, e fortemente contestato in dottrina, è stato l'intervento delle DV sul sistema dualistico di amministrazione e controllo, rispetto al quale erano certamente indispensabili interventi correttivi sul sistema codicistico¹²⁸: si pensi alla professionalità dei membri del consiglio di sorveglianza, alla limitazione del potere di revoca da parte dell'assemblea, alla previsione di poteri ispettivi, tutti in funzione principalmente di un efficace esercizio della funzione di controllo propriamente intesa.

A livello d'impostazione del sistema, le DV richiedono al progetto di governo societario (e conseguentemente allo statuto) di allocare formalmente la funzione di supervisione strategica in capo al consiglio di gestione o a quello di sorveglianza, in quest'ultimo caso opportunamente utilizzando le previsioni dell'art. 2409-terdecies, co. 1, lett. *f-bis*); e ciò al fine di rispettare il principio del modello organizzativo "per funzioni" che caratterizza il sistema¹²⁹.

La previsione è stata criticata per l'impossibilità di attribuire comunque al consiglio di sorveglianza un mero ruolo di controllo, anche nel caso in cui la funzione di supervisione spetti al consiglio di gestione¹³⁰, ma l'obiezione non sembra idonea ad evidenziare un elemento di irrazionalità della disposizione, che appare invece coerente con l'architettura a tre livelli del sistema organizzativo, caratterizzato dall'individuazione di tre funzioni, sia pur talora attribuibili allo stesso organo [in caso di utilizzo delle previsioni di cui alla lettera *f-bis*), il consiglio di sorveglianza sarà organo di supervisione e di controllo]. Appare, pertanto, corretto che la funzione di supervisione sia univocamente attribuita ad uno solo dei due organi societari¹³¹, salvo il

¹²⁸ Conf., G.B. PORTALE (nt. 54), 22 s.; M. LIBERTINI (nt. 20), 68 s.

¹²⁹ Non è stata accolta, pertanto, la posizione più rigida di R. COSTI (nt. 20), 13, che aveva proposto di vietare il ricorso alla lettera *f-bis*) per le banche (per una critica, F. VELLA, *Il nuovo governo* [nt. 35], 21; V. CALANDRA BUONAURA [nt. 42], 689).

¹³⁰ M. CERA - G. PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione interna e governo societario delle banche"*, in AGE, 2007, 605 ss.

¹³¹ Per la critica alle DV 2008, che consentivano una sostanziale ripartizione della funzione di supervisione tra i due organi, V. CALANDRA BUONAURA (nt. 42), 687 ss.

rilevo per cui le DV effettivamente contengono alcune previsioni di dettaglio inutilmente rigide ed invasive¹³². E se può convenirsi in via generale con l'attribuzione di un potere di indirizzo al consiglio di sorveglianza anche in caso di mancato ricorso alla lettera *f-bis*), che può sfociare in raccomandazioni su strategie ed operazioni¹³³, tale forma di intervento dev'essere tenuta nettamente (e qualitativamente) distinta da quella di supervisione strategica, delineata dalle DV.

Del resto, non sembra che costituisca assetto idoneo quello in cui il meccanismo dell'art. *f-bis*) venga usato solo in parte¹³⁴. E' noto, infatti, che il sistema codicistico permette varie sfumature e varianti nella distribuzione dei poteri tra i due organi¹³⁵, ma nelle banche tale libertà sembra opportunamente limitata, attorno a due modelli opposti (comunque parzialmente modulabili, ad es. nel catalogo più o meno ampio di operazioni strategiche riservate al consiglio di sorveglianza), ma sufficientemente univoci (ad es., non appare effettivamente consono un modello che allochi la funzione di supervisione sul consiglio di sorveglianza, ma attribuisca a tale organo solamente le approvazioni dei piani e non quelle delle operazioni strategiche). Né sembra che l'insieme delle funzioni inderogabilmente attribuite al consiglio di sorveglianza nel modello accentrato su tale organo possa dirsi così eccessivo da svuotare addirittura le competenze del consiglio di gestione¹³⁶, anche perché

¹³² Si pensi al sistema eccessivamente rigido e formalistico di ripartizione dei compiti nella definizione ed approvazione delle operazioni strategiche [conf., G.A. RESCIO [nt. 26], 739 ss.; apprezzano invece l'articolazione regolamentare, (nel vigore delle DV 2008) F. VELLA, *Il nuovo governo* (nt. 35), 30; R. D'AMBROSIO - M. PERASSI (nt. 2), 241, per i quali le previsioni servirebbero ad evitare la sovrapposizione di funzioni e cercherebbero di trovare un corretto equilibrio tra i reciproci poteri nel caso di adozione delle previsioni di cui alla lettera *f-bis*]. In argomento, vedi anche F. RIGANTI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *NLCC*, 2015, 304 ss., il quale giudica correttamente in modo positivo la scelta di mantenere il potere di proposta in capo al consiglio di gestione.

¹³³ M. LIBERTINI (nt. 59), 1084 ss.

¹³⁴ E vedi infatti, prima delle DV 2014, i dubbi di G.A. RESCIO (nt. 26), 734.

¹³⁵ V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Giappichelli, Torino, 2012.

¹³⁶ Paventano il rischio, G.B. PORTALE (nt. 8), 56, A. DE PRA (nt. 69), 541 ss.; e C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Banca e borsa*, 2015, 488 ss., il quale critica l'allocazione del comitato rischi all'interno del consiglio di sorveglianza, in caso di ricorso alla lettera *f-bis*), per il timore che il contributo del *management* non trovi in tal modo adeguato sbocco; ma sul punto può osservarsi che il comitato dovrà evidentemente confrontarsi in modo diretto con il consiglio di gestione e svolgere così un ruolo di cerniera tra i due organi del

ottenere un risultato di piena allocazione della funzione di supervisione in capo al consiglio di sorveglianza richiede inevitabilmente l'assegnazione di competenze ben maggiori rispetto a quelle su piani ed operazioni strategiche¹³⁷.

Parimenti, non appare accoglibile neanche la critica alla previsione per cui il consiglio di (pura) gestione dev'essere composto in prevalenza da non esecutivi¹³⁸, in quanto anche tale previsione risulta conforme con i principi della normativa di settore, previsti nella stessa direttiva (art. 74). Se, infatti, la funzione di supervisione è allocata nel consiglio di sorveglianza, appare coerente – sia con il divieto di organi pletorici, sia con il criterio di efficiente funzionamento della *governance* – la previsione di un consiglio di gestione snello, operativo e maggiormente qualificato sul piano professionale¹³⁹.

Deve convenirsi, invece, con la diffusa critica in dottrina alla disposizione che inibisce al presidente del consiglio di sorveglianza – quando tale organo svolga la funzione di supervisione strategica – di partecipare ai lavori del consiglio di gestione (riservando tale facoltà ai

modello. Non sembra, inoltre, che l'accentramento delle funzioni di supervisione in capo al consiglio di sorveglianza comporti insormontabili problemi nell'applicazione del regime di responsabilità agli amministratori per gli atti decisi in sede di consiglio di sorveglianza (in tal senso, invece, C. FRIGENI, *supra cit.*, 499), dato che il potere di proposta in materia di piani ed operazioni resta in capo al consiglio di gestione, e che per ogni altra decisione dell'organo di supervisione residua comunque il potere-dovere di resistenza degli amministratori in caso di atti dannosi per la società e i creditori.

¹³⁷ In senso critico, G. PRESTI (nt. 19), 34, per il quale il sistema obbligherebbe a sbilanciare troppo il modello verso il consiglio di gestione o verso il consiglio di sorveglianza. Tale inconveniente appare, tuttavia, meno grave rispetto a quello che sarebbe derivato dal rischio di non poter attribuire chiaramente la funzione di supervisione in via esclusiva ad uno dei due organi. In particolare, nel caso di mancato completamento delle competenze di cui alla lettera *f-bis*) con le attribuzioni organizzative in materia di assetti e comitati, la funzione di supervisione del consiglio di sorveglianza potrebbe rimanere monca; analogamente, non convince l'ipotesi di una parziale erosione delle competenze di supervisione al consiglio di gestione, con attribuzione al consiglio di sorveglianza – quale organo di controllo – di un ruolo ibrido e di fatto anomalo rispetto al modello per funzioni di cui alle *Guidelines EBA*.

¹³⁸ M. CERA - G. PRESTI (nt. 130), 608 s.

¹³⁹ In tal senso, non appare censurabile il fatto che sia ammissibile anche il ricorso alla delega, anche nel caso in cui il consiglio di gestione sia stato spogliato della funzione di supervisione (in senso critico, G. PRESTI [nt. 19], 34), fermo restando che in sede di autorizzazione occorrerà valutare l'adeguatezza in concreto dell'assetto statutario (che dovrebbe valutarsi in ragione dell'ampiezza della delega, auspicabilmente limitata alla gestione ordinaria).

solli componenti del comitato per il controllo interno), sulla base della pretesa necessità di evitare assetti bipolari di vertice¹⁴⁰.

La critica non trova, però, fondamento tanto (o solo) nell'estraneità di tale previsione rispetto al quadro comparatistico e allo stesso diritto societario comune, quanto (o soprattutto) nella contraddittorietà di tale prescrizione rispetto al complessivo impianto dello stesso sistema speciale, avuto riguardo al paragone con la conformazione del sistema tradizionale.

In particolare, la previsione non sembra tenere conto della forte valorizzazione del ruolo attribuito al presidente del c.d.a. (che può partecipare, sia pur senza diritto di voto, alle riunioni del comitato esecutivo) nelle stesse DV. Il presidente dell'organo di supervisione assume, infatti, anche nel dualistico un ruolo nodale nella circolazione delle informazioni, ragion per cui risulta incoerente avere escluso tale figura dalla mera partecipazione (come assistenza) alle riunioni del comitato di gestione. E la differenza di trattamento tra i due sistemi non può adeguatamente giustificarsi per i maggiori poteri del consiglio di sorveglianza rispetto al c.d.a., dato che tale profilo caratterizzante del sistema dualistico non vale certo a negare l'opportunità del raccordo sul piano informativo, mentre eccessi di ingerenza del consiglio di sorveglianza ben potrebbero determinarsi anche in assenza del potere di assistenza del presidente ai lavori del consiglio di gestione.

12. Conclusioni.

L'esame di alcune delle soluzioni positive adottate nella regolamentazione di settore conferma, in definitiva, il carattere particolarmente complesso della disciplina, che appare suscettibile, in più punti, di diverse letture.

Complessivamente, il tasso di dettaglio e di rigidità della disciplina appare, tuttavia, condizionato dal carattere emergenziale che ha contraddistinto l'intervento normativo; sicché l'attuale assetto resta per

¹⁴⁰ M. CERA - G. PRESTI (nt. 130), 607 s.; G.B. PORTALE (nt. 8), 59. Ritiene invece giustificabile la disposizione, per ragioni di tutela del consiglio di gestione dall'eventuale invadenza del presidente del consiglio di sorveglianza, F. MASSA FELSANI, "Interferenze" del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 873 ss.

alcuni profili distante da quell'equilibrato *mix* di regole obbligatorie, *soft law* e vigilanza, che dovrebbe costituire l'approdo ideale del sistema¹⁴¹. Ma se da un lato talune riserve impediscono di valutare in termini decisamente positivi l'attuale stato della regolazione¹⁴², numerose altre scelte appaiono pienamente condivisibili e non particolarmente eterodosse rispetto al diritto comune, ragion per cui non sembrano condivisibili neanche gli approcci eccessivamente critici che paventano l'intervenuta realizzazione di un deciso distacco del sistema bancario dalle logiche di mercato proprie del diritto azionario¹⁴³.

Peraltro, le permanenti condizioni di instabilità del sistema bancario, perdurate a quasi dieci anni dall'inizio della crisi, lasciano intendere come irrealistica (sul piano politico) ogni aspettativa di riduzione dei vincoli, pur essendo evidente che le ragioni principali della crisi risiedono probabilmente in fattori diversi rispetto a quello dell'adeguatezza degli assetti organizzativi di tipo societario¹⁴⁴.

L'impatto effettivo sul sistema dipenderà, in ogni caso, anche dalle modalità di applicazione da parte delle autorità di controllo, rispetto alle quali dovrebbe auspicarsi, più che un approccio "morbido"¹⁴⁵, un approccio che privilegi non già il profilo formale e "burocratico" della regolamentazione che caratterizza importanti aspetti della normativa e della prassi applicativa (si pensi alle dettagliate previsioni relative al processo di auto-valutazione da parte degli organi collegiali, sulle quali

¹⁴¹ K.J. HOPT (nt. 1), 33.

¹⁴² Per questa posizione, tra gli altri, P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 83.

¹⁴³ Per questa posizione, M. STELLA RICHTER (nt. 47). Va inoltre rilevato che, seppure taluni strumenti d'intervento appaiano decisamente eccezionali rispetto al diritto comune (si pensi al potere individuale di *removal*), il carattere episodico che dovrebbe caratterizzare l'esercizio di tali poteri in capo all'Autorità di vigilanza dovrebbe escludere il rischio che si possano determinare per tale via rischi di alterazione dello schema legale societario anche sul piano causale, e pertanto della ricostruzione dell'interesse sociale (pone il problema G. GUIZZI [nt. 48]).

¹⁴⁴ Esplicativo è il fatto che l'importante volume curato da K. HOPT e G. WOHLMANNSTETTER, *Handbuch Corporate Governance von Banken*, 2° Aufl., Franz Vahlen - Beck, München, 2011, apra la parte sulla *governance* societaria con due saggi di BÄNZINGER-PROCTER e di STRENGER, rispettivamente sulla cultura d'impresa e sull'etica professionale in ambito finanziario.

¹⁴⁵ Parlano di *soft implementation*, L. ENRIQUES - D. ZETSCHKE [nt. 39], 27 ss.

non ci si è soffermati nel presente lavoro), ma quello sostanziale¹⁴⁶, mirato all'implementazione di un efficace ed equilibrato sistema interno di *checks and balances*, all'interno del quale dovrebbero assumere un ruolo preminente profili come la valorizzazione delle cariche che presentano una ruolo di raccordo tra i vari organi interni (in particolare, il presidente dell'organo di supervisione e dei comitati interni)¹⁴⁷ e la verifica sulla effettiva professionalità delle cariche di primario livello.

¹⁴⁶ Vedi per questa prospettiva, F. VELLA, *Capitalismo e finanza*, Il Mulino, Bologna, 2011, 65 ss.

¹⁴⁷ M. COMANA (nt. 82), 311 ss.