



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Commerciale Progredito

Il sistema dei controlli interni nelle grandi banche e il
ruolo del Comitato Rischi

Prof. Gian Domenico Mosco

RELATORE

Prof. Antonio Nuzzo

CORRELATORE

Anna Maria Scutiero Matr. 161653

CANDIDATO

INDICE

Introduzione

I

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

BREVE ANALISI DIACRONICA DELLA DISCIPLINA DEI CONTROLLI INTERNI: DALLE ORIGINI AL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO

1. Il pendolo della disciplina dei controlli interni tra i poli della vigilanza esterna e della liberalizzazione 1
2. Legge bancaria del 1936 e centralità del controllo pubblicistico 3
3. Tentativi di liberalizzazione del settore: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela del risparmio e quelle di garanzia della libertà di iniziativa economica nel bilanciamento tra l'articolo 41 e l'articolo 47 della Costituzione 5
4. L'emersione dell'*internal governance* 6
5. La normativa comunitaria e le esigenze di armonizzazione dell'Unione bancaria: il ritorno alla pervasività dei controlli esterni 9
6. La necessità di un controllo pubblico sulle banche. Conclusioni 11

CAPITOLO II

LE FONTI DEL DIRITTO

1. Il *single rulebook* 13
2. Il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia 15
 - 2.1. Articolo 5: la metanorma sulla «sana e prudente gestione» 16
 - 2.2. Articolo 14: La rilevanza dell'idoneità del sistema dei controlli interni fin dal momento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria 19
 - 2.3. Articolo 52: Il collegio sindacale come avamposto dell'autorità di vigilanza esterna 20
 - 2.4. Articolo 53: La vigilanza regolamentare 24

2.5. Articolo 53 <i>bis</i> : Poteri di intervento	25
3. La normativa secondaria: i dubbi su un eccesso di regolamentazione a scapito delle fonti di rango primario	28
4. La <i>soft law</i> : rilievi sulla carenza di legittimazione democratica e ruolo del Comitato di Basilea	33
5. Il sistema dei controlli interni nella Circolare 285/2013 di Banca d'Italia	38

PARTE SECONDA

LA DECLINAZIONE DEI CONTROLLI INTERNI NEI DIVERSI SISTEMI DI CORPORATE GOVERNANCE: PECULIARITÀ E FONTI DI PERPLESSITÀ

CAPITOLO I

I CONTROLLI SOCIETARI E LE FUNZIONI AZIENDALI DI CONTROLLO

1. Le principali cause delle recenti crisi bancarie: gli <i>endogenous shocks</i>	41
2. Gli articoli 2086 e 2381 c.c. e l'istituzionalizzazione del sistema dei controlli interni: tra diritto comune e legislazione di settore	43
3. I tre modelli di <i>corporate governance</i>	48
3.1. L'organo con funzione di supervisione strategica	56
3.2. L'organo con funzione di gestione	58
3.3. Coordinamento tra organo con funzione di gestione e organo con funzione di supervisione strategica: la disciplina delle deleghe	60
3.3.1. Quali le conseguenze sulla responsabilità?	63
4. L'organo di controllo nei tre modelli di <i>corporate governance</i>	64
4.1. Sistema tradizionale: il collegio sindacale	66
4.2. Sistema monistico: il comitato per il controllo sulla gestione	69
4.3. Sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza	71
5. Le funzioni aziendali di controllo	72
5.1. I Controlli operativi	77
5.2. <i>Risk management e compliance</i>	78
5.3. <i>Internal Audit</i>	84

6. Rapporti tra collegio sindacale e controlli aziendali: c'è ridondanza delle funzioni di controllo?	87
---	----

CAPITOLO II

IL COMITATO RISCHI

1. I comitati endo-consiliari	90
2. Introduzione del Comitato Rischi nell'ordinamento italiano	95
3. Composizione e funzioni del Comitato Rischi	96
4. Il ruolo concreto del Comitato Rischi nelle banche di maggiori dimensioni	103
4.1. Il problema delle asimmetrie informative	105
5. La necessità di redistribuzione delle responsabilità alla luce di una funzione formalmente ancillare e sostanzialmente para-delegata (?)	107
6. Una valutazione comparatistica dell'istituto	115

CAPITOLO III

IL COMITATO RISCHI E IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI

1. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di supervisione strategica	120
2. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di controllo	122
2.1. Il collegio sindacale alla luce delle nuove funzioni del Comitato Rischi: pleonaso della tradizione?	127
3. Il Comitato Rischi e le funzioni aziendali di controllo	144
3.1. Il Comitato Rischi e la funzione di <i>risk management</i> : inutile duplicazione?	147
4. La "Legge Capitali": nuove frontiere del sistema dei controlli interni	149
5. Qualche proposta di riforma. Note conclusive.	152
<i>Bibliografia</i>	156

INTRODUZIONE

«*Quis custodiet ipsos custodes¹?*» si chiedeva Giovenale nella più nota delle sue Satire, riprendendo un tema che già Platone aveva affrontato nella celebre opera Πολιτεία, meglio nota come la Repubblica. Il fedele allievo di Socrate manifesta tutta la propria sfiducia, verso la correttezza e l'affidabilità di coloro ai quali sono rimesse delle funzioni di sorveglianza, con una frase che evidenzia scaltra ironia e lucido spirito critico: «Γελοῖον γάρ τόν γε φύλακα φύλακος δεῖσθαι²» («Sarebbe certo ridicolo che un custode avesse bisogno d'un custode»). Certo, nonostante i secoli che ci separano da questi due grandi esponenti della cultura classica, non si può dire che essi non trattino una questione ancora oggi rilevante. Chi si occupa di sorvegliare i sorveglianti? È una domanda che ci si pone spesso in un clima politico, economico e culturale caratterizzato da un'involontaria sfiducia verso i soggetti che rivestono ruoli apicali in qualsiasi settore.

E se, talvolta, chi è ai vertici di determinati contesti può fare a meno di affannarsi per ottenere la stima dei propri interlocutori, ci sono delle attività che, al contrario, vivono della fiducia della propria controparte. L'attività bancaria è indubbiamente una di queste. La storia, nemmeno troppo remota, ha dimostrato che alla base delle grandi crisi bancarie, che hanno poi avuto effetti più o meno impattanti sul sistema economico nel suo complesso, vi sono proprio le isterie collettive generate dalla perdita di fiducia verso l'ente creditizio. Né si può asserire che lo scetticismo, specie in passato, non avesse fondamento. Tanti e tali sono stati gli scandali che hanno interessato il sistema finanziario, che non stupisce la sfiducia diffusa. Ora, a voler imparare dalle esperienze passate, due sono le domande, strettamente interconnesse, che gli intermediari bancari devono porsi. 1) Come evitare che situazioni di crisi disastrosa possano ripetersi? 2) Come recuperare la fiducia dei propri interlocutori?

Di certo le soluzioni prospettabili sono molteplici, ma uno in particolare pare essere lo strumento di risposta ad entrambi gli interrogativi: la predisposizione di un efficace

¹ Giovenale, *Satire* (VI, 48-49).

² Platone, *Repubblica*, III, 13.

sistema di controllo interno³. Questo, da una parte, permette di prevenire stati di crisi supervisionando l'attività bancaria costantemente e ad ogni livello operativo, dalla gestione *day to day* a quella strategica, e dall'altra consente di accrescere la credibilità reputazionale della banca agli occhi di risparmiatori ed investitori. In effetti, la grande rilevanza della predisposizione di un adeguato sistema dei controlli interni è stata compresa, come si vedrà, da legislatori e banche, soprattutto dopo la grande crisi di inizio secolo. E così si sono stratificati interventi normativi (nazionali e sovranazionali) e misure di autodisciplina che hanno generato un panorama regolamentare estremamente complesso e caratterizzato da spinose sovrapposizioni funzionali. Il presente lavoro mira proprio ad individuare taluni di questi elementi problematici, con una particolare attenzione ad uno dei protagonisti della materia di indagine, ossia il Comitato Controllo e Rischi, che nell'ampio mosaico del sistema dei controlli interni sembra talvolta comportarsi come una tessera sovrapposta. In questo quadro si tenterà di individuare gli elementi di maggiore criticità e i possibili interventi risolutivi. A tal fine la nostra indagine si articola in due parti. Nella prima parte della ricerca si fornirà un quadro di contesto storico (Capitolo I) e normativo (Capitolo II) entro cui collocare il tema di interesse; seguirà una seconda parte diretta ad analizzare il sistema dei controlli interni nel suo complesso (Capitolo I) con l'obiettivo di fornire una panoramica contestuale per l'analisi del ruolo del Comitato Rischi (Capitolo II) nelle banche di grandi dimensioni e delle problematiche di coordinamento dello stesso con gli altri organi che costituiscono il sistema dei controlli (Capitolo III).

³ L' Articolo 6 del Codice di *Corporate Governance*, rubricato *Sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, definisce il sistema di controllo interno come l'«insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società». Si veda anche la definizione della Parte I, Tit. IV, Cap. 3, Sez. III della Circolare 285/2013 di Banca d'Italia.

CAPITOLO I

BREVE ANALISI DIACRONICA DELLA DISCIPLINA DEI CONTROLLI INTERNI: DALLE ORIGINI AL MECCANISMO DI VIGILANZA UNICO

Sommario: 1. Il pendolo della disciplina dei controlli interni tra i poli della vigilanza esterna e della liberalizzazione – 2. Legge bancaria del 1936 e centralità del controllo pubblicistico – 3. Tentativi di liberalizzazione del settore: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela del risparmio e quelle di garanzia della libertà di iniziativa economica nel bilanciamento tra l'articolo 41 e l'articolo 47 della Costituzione – 4. L'emersione dell'*internal governance* – 5. La normativa comunitaria e le esigenze di armonizzazione dell'Unione bancaria: il ritorno alla pervasività dei controlli esterni – 6. La necessità di un controllo pubblico sulle banche. Conclusioni

1. Il pendolo della disciplina dei controlli interni tra i poli della vigilanza esterna e della liberalizzazione

«La storia non si ripete. Sono gli storici che si ripetono¹». O forse sarebbe più corretto dire i legislatori. Perché in effetti la storia della disciplina dei controlli interni societari è un esempio estremamente efficace di come spesso l'ordinamento giuridico ripresenti problematiche già note in forme apparentemente inedite. Nelle pagine che seguono si tenterà di dimostrare proprio questo, cercando di sfuggire all'ipnosi immemore della storia cui il moto oscillatorio del pendolo della disciplina dei controlli interni potrebbe indurre. Un pendolo che sistematicamente ed instancabilmente oscilla tra una visione di controlli interni ancillare alla vigilanza esterna e tentativi più o meno riusciti di liberalizzazione.

Al fine di questa analisi è necessario prendere le mosse dalla disciplina comune dei controlli interni, che solo gradualmente si è emancipata nella crescente consapevolezza della necessità di un diritto speciale che prendesse atto delle peculiarità del settore

¹ BLOCH A., *Prima regola della storia, La legge di Murphy II*, 1980.

bancario e delle esigenze di tutela che l'attività bancaria comporta². Ebbene, nel diritto positivo si rinviene per la prima volta un interesse per la materia dei controlli interni intorno al diciannovesimo secolo, con il *Code de Commerce* del 1807. Prima di allora solo previsioni statutarie si ponevano il problema della implementazione di meccanismi di vigilanza interna, per lo più legati ad esigenze di supervisione dell'attività gestoria e contabile. Significativo è però che questa esigenza, sorta a livello di autoregolamentazione, fosse stata ravvisata in Italia prima di tutto dalle banche. Lo dimostra il caso del Banco San Giorgio di Genova, in cui erano stati introdotti due uffici deputati al controllo sugli amministratori e alla revisione contabile³. Ciò a dimostrazione di quanto la presenza di un meccanismo di controllo interno fosse avvertita come una necessità organizzativa, prescindente da imposizioni legislative, in un contesto di elevata complessità e delicatezza come quello dell'esercizio dell'attività bancaria. Ma tornando al *Code de Commerce*, questo non abolì il regime autorizzatorio tipico dell'*Ancien Regime*, che costituiva la principale ragione dell'intromissione dei pubblici poteri nelle questioni sociali, relegando i controlli interni ad una funzioni meramente ancillare rispetto al potere di vigilanza del sovrano. A livello europeo un primo cambio di rotta si registrò intorno agli anni Sessanta dell'Ottocento, quando le riforme del diritto societario si orientarono verso una graduale emancipazione dal potere pubblico e un'affermazione embrionale del principio di libertà di iniziativa economica. Tuttavia, il nostro Paese non si orientò nella medesima direzione. Risale a quegli anni l'emanazione del codice di commercio del 1865⁴, che esacerbò le già stringenti prerogative regie di autorizzazione e vigilanza, omettendo totalmente di dettare una compiuta disciplina dei controlli interni societari. Anzi, appena un anno dopo l'emanazione del codice del 1865, un regio decreto centralizzò presso il Ministero delle finanze le funzioni di vigilanza sulle società commerciali e su alcuni enti creditizi, istituendo il Sindacato governativo. Per quanto non recepita a livello legislativo però, come si è detto, l'esigenza di un'organizzazione

² In argomento si veda CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293.

³ Cfr. CERVELLARA E., *Cenni storici sull'istituto dei sindaci*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1981, pp. 664 ss.

⁴ Interessante sul tema la panoramica storica di COLAJANNI N., *Storia della banca in Italia da Cavour a Ciampi*, Roma, Newton Compton Editori, 1995. Ma anche CASALE F., *Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila*, in *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, Camerino, 2015.

compiuta dei controlli interni era emersa nelle pratiche commerciali. Pertanto, con il codice di commercio del 1882 il legislatore non poté che prenderne atto. Nacque così il collegio sindacale, che segnò i primi passi del nostro ordinamento verso la liberalizzazione del diritto societario. Si trattò di un intervento normativo molto criticato⁵, soprattutto perché particolarmente scarno e poco chiaro. Ma non si può negare che si posero allora le basi per un decisivo ammodernamento della disciplina societaria, ormai sciolta dai vincoli pubblicistici della vigilanza concessoria. Certo, i sindaci erano per il momento concepiti come meri mandatari dei soci, ma pur sempre espressione della compagine sociale, piuttosto che della pubblica autorità.

Come si è detto sopra, la fase iniziale della storia che si sta esponendo è segnata da una sottoposizione delle imprese bancarie alla disciplina del diritto societario comune, nonostante le peculiarità e i rischi che l'esercizio dell'attività bancaria comporta. Come spesso capita, furono necessari degli eventi rovinosi a rendere evidente la sola apparente ovvietà del bisogno di una disciplina *ad hoc*. Il generale *default* del 1892 e il crollo della Società bancaria italiana (1907) e della Banca italiana di sconto (1921) segnarono uno spartiacque. Iniziò un processo di riforma che culminò nella Legge bancaria del 1926⁶, che introdusse requisiti patrimoniali significativi. L'intervento normativo degli anni Venti rimaneva ancora influenzato dallo spirito di liberalizzazione di cui si è detto. Ma le cose stavano per cambiare. Il pendolo era pronto ad oscillare ancora.

2. Legge bancaria del 1936 e centralità del controllo pubblicistico

Un nuovo intervento normativo in materia si ebbe sul finire degli anni Trenta, in un contesto politico fortemente mutato e impregnato dell'ideologia fascista, in cui l'attività bancaria era considerata una «funzione di interesse pubblico»⁷.

⁵ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 15-18. L'autore richiama diversi studiosi che si sono occupati della questione in tempi più o meno risalenti. Tra questi, CAVALLI G., *I sindaci*, in COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1988, p. 3; VIVANTE C., *Per la riforma delle società anonime*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, I, p. 151; SRAFFA A., *I "così detti" sindaci delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, p. 863; DOMENICHINI G., *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in RESCIGNO P., (diretto da) *Trattato del diritto privato*, Torino, Utet, 1985, vol. XVI pp. 533 ss.

⁶ RIGANTI F., *op.cit.*, pp. 19 ss. §2.1.

⁷ Così Art. 1 della legge bancaria del 1936.

La legge bancaria del 1936 fu concepita in un'ottica di rafforzamento delle prerogative di ingerenza della pubblica autorità nella vigilanza bancaria, nonché nella gestione del mercato finanziario⁸. In questo contesto le attività di controllo interno risultavano strumentali a quelle della vigilanza esterna. Tutti gli accertamenti, gli interventi e i rilievi del collegio sindacale dovevano essere trasmessi alla pubblica autorità, cui venivano riconosciuti ampi poteri di intervento, tra cui la possibilità di convocazione dell'organo assembleare e degli organi amministrativi. Va in questa sede segnalato che l'abbandono dell'ottica liberalizzante non fu un'esclusiva italiana. La crisi generalizzata dei mercati finanziari indusse molte altre potenze europee, e non solo, a procedere con interventi normativi orientati ad un rafforzamento della vigilanza esterna a scapito della autonomia privata. Fu questo il caso della Spagna e della Germania. Non è da sottovalutare anche l'esperienza statunitense, in cui la normativa di settore introdusse un vero e proprio sindacato di merito sull'attività bancaria. Da tale analisi comparata⁹ emerge un ulteriore aspetto che accomuna le diverse legislazioni rispetto alla disciplina dei controlli interni così come concepita in questo frangente storico: una crescente attenzione per i requisiti di indipendenza e moralità richiesti ai membri degli organi di controllo interno. E se in diversi paesi non sembra emergere ancora l'esigenza di prevedere delle specifiche qualità professionali in capo a tali soggetti, non mancano esperienze pionieristiche in tal senso. È il caso della legge bancaria bulgara¹⁰, che richiedeva che almeno uno dei membri dell'organo di controllo interno (la cui nomina era obbligatoria) fosse un esperto contabile.

Per tornare al panorama nazionale, un rafforzamento dei requisiti di ineleggibilità, decadenza e professionalità si è avuto con l'emanazione del Codice civile del 1942 che tuttavia non superò la dottrina pubblicistica fino ad ora esposta; tant'è che la centralità dei controlli pubblici in questo settore confluirà nella formulazione della carta costituzionale, di cui si dirà a breve. L'organizzazione dei controlli interni delineata dal

⁸ In tema GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939, p. 707 ss.

⁹ Cfr. RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 22-28. Ma anche diffusamente SETTI F., *La tutela del risparmio e la disciplina della funzione creditizia nella legislazione straniera*, in *Rivista bancaria*, 1937, nonché nello specifico p. 16, p. 20. Si veda in argomento anche CLARICH M., *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2019, pp. 32-49.

¹⁰ Sul punto si veda RIGANTI F., *op.cit.*, p.28.

codice del 1942 fu però oggetto di sferzanti critiche da parte di un'attenta dottrina¹¹ che sollevò contestazioni in parte ancora oggi non superabili. L'organo di controllo venuto fuori dal Codice civile mancava di idonee garanzie di indipendenza dagli organi amministrativi, ma soprattutto era onerato da troppi compiti. Tra questi il controllo contabile e la supervisione sull'operato degli amministratori, priva però di qualsiasi potere che potesse avere una qualche incisività avverso le irregolarità commesse dall'organo amministrativo. Si trattava di una visione fortemente limitativa del ruolo del collegio sindacale, deputato sostanzialmente ad una funzione di supervisione *ex post* dell'operato degli amministratori, a danno già cagionato. A nulla valsero le critiche osservazioni della dottrina, né gli esempi più virtuosi forniti dagli altri ordinamenti (*in primis* quello statunitense), che resero evidente la necessità di intervenire distinguendo i controlli contabili da quelli sull'organo amministrativo. Per il momento il codice rimaneva immutato.

3. Tentativi di liberalizzazione del settore: il difficile equilibrio tra le esigenze di tutela del risparmio e quelle di garanzia della libertà di iniziativa economica nel bilanciamento tra l'articolo 41 e l'articolo 47 della Costituzione

L'apparato dei controlli pubblici di cui si è detto sopra ha trovato vita nuova con l'emanazione della Costituzione, come emerge dalla lettera dell'articolo 47 che sancisce le esigenze di tutela del risparmio. Come conciliare questa norma con l'altrettanto rilevante principio di libertà di iniziativa economica previsto dall'articolo 41 della Costituzione¹²? Certo il pregio della nostra carta costituzionale è la grande flessibilità con cui si adatta alle diverse epoche e al mutevole evolversi dell'ordinamento. Il rapporto tra queste due norme ne è un notevole esempio. Fino agli anni Ottanta del Novecento, infatti

¹¹ Cfr. RIGANTI F., *op.cit.*, pp. 29-35. In argomento si rimanda inoltre a MARCHETTI P., *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1995, pp. 101-113; Sulla questione della vigilanza del collegio sindacale limitata alla sola legalità degli atti amministrativi e sull'assenza di idonei strumenti di reazione dei sindaci come problemi risalenti alla riforma ma permanenti si vedano GASPARRI G., *I controlli interni nelle società quotate. Gli assetti della disciplina italiana e problemi aperti*, in *Quaderni giuridici Consob*, 2013 e MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1/2009, p. 92.

¹² Per un'interpretazione compiuta degli articoli si rimanda a CASSETTI L., *Articolo 41*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E. (a cura di) *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 267-272 e MANFRELOTTO F., *Articolo 47*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E. (a cura di) *op.cit.* pp. 299-302.

il contesto culturale, non ancora pronto ad una nuova oscillazione del pendolo nel versante della liberalizzazione del diritto bancario, ha portato a ritenere che fossero i commi 2 e 3 dell'articolo 41 a legittimare le limitazioni alla libertà di iniziativa economica di cui al primo comma dell'articolo 47. In questo senso si orientò l'attività degli interpreti, specialmente quella della giurisprudenza, che culminò nel 1981 in una sentenza della Cassazione penale¹³ che condannò per peculato gli amministratori di una banca per aver concesso dei finanziamenti sulla base di criteri prudenziali non ben definiti. L'applicazione di una fattispecie di reato propria degli operatori della pubblica amministrazione a degli organi bancari non lascia dubbi circa l'interpretazione che la giurisprudenza dava della natura giuridica dell'impresa bancaria. Questo approccio cambiò radicalmente sul finire degli anni Ottanta, quando si avviò un processo di riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività bancaria fortemente agevolato dal processo di ristrutturazione degli enti pubblici creditizi introdotto dalla legge Amato e proseguito con la graduale privatizzazione.

È stato raggiunto quindi un nuovo equilibrio tra le due norme costituzionali di cui sopra, più coerente con le esigenze di liberalizzazione che si andavano affermando. Ad oggi, l'interpretazione corretta sembra essere quella che riconosce la natura imprenditoriale dell'attività bancaria (articolo 41) da cui discende un'ampia discrezionalità nella organizzazione dell'impresa, cui fanno da contraltare taluni limiti esterni proporzionali alle esigenze prudenziali che connotano inevitabilmente un settore di estrema delicatezza quale quello bancario.

4. L'emersione dell'*internal governance*

È forse opportuno ricordare che nel periodo in cui ci troviamo a questo punto l'impianto dei controlli interni era sostanzialmente rappresentato dal collegio sindacale, di cui, già a partire dal secondo dopoguerra, si erano iniziati a rilevare significativi limiti. Lo sviluppo industriale aveva infatti comportato un mutamento del ruolo dell'impresa nel panorama economico italiano. Questa assumeva una posizione di crescente centralità, il che comportò un mutamento di approccio nei confronti dei controlli interni, che andarono

¹³ Cass. Sez. pen. 19 novembre 1981. In tema si veda BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 66.

gradualmente perdendo il carattere di marginalità cui la storia li aveva relegati. Il fatto che si iniziasse a diffondere la cultura della tutela degli investitori e dei mercati fece di sicuro la sua parte, perché si comprese che l'implementazione di un'ideale organizzazione dei controlli rappresentava un fattore di crescita del mercato e di attrazione degli investimenti. E qui veniamo al primo dei limiti del collegio sindacale: l'inefficacia di un intervento sanzionatorio dei sindaci *ex post*, e cioè successivo rispetto al compimento dell'atto amministrativo. Le crescenti esigenze di tutela del mercato evidentemente richiedevano di dare rilievo a meccanismi di prevenzione più che di intervento a danno già cagionato. La legge 216 del 1974 fu il primo passo del legislatore verso un graduale deterioramento dei poteri tipicamente attribuiti al collegio sindacale, il cui monopolio era ormai sempre più messo in discussione.

Il legislatore affidò alla CONSOB¹⁴ il controllo sulla quantità e qualità delle informazioni societarie, mentre il controllo contabile nelle società per azioni fu affidato a società di revisione esterne. È chiaro che il codice del 1942, sostanzialmente vetero-capitalista, non avesse dato rilievo alle necessità di prevenzione, per cui aveva reputato sufficiente affidare i controlli interni ad un organo le cui riunioni erano poche e occasionali, i cui componenti rivestivano incarichi di controllo in più società (dunque non dedicavano a ciascun incarico il tempo essenziale) e che spesso non erano dotati della necessaria indipendenza. Un organo spesso deputato a controlli solo formali e superficiali non idonei al mutato assetto economico del Paese.

Fu in questo contesto che per la prima volta si iniziò a parlare di *internal governance*¹⁵ e quindi di attribuzione di funzioni di controllo ad uffici aziendali che si affiancassero alla *corporate governance*. L'impulso verso l'emersione dell'*internal governance* era di matrice comunitaria, e proveniva in particolare dalle direttive del settore bancario e degli investimenti. Quest'ultima precisazione è degna di nota, perché segna un ribaltamento dei rapporti tra diritto speciale bancario e diritto comune.

Se le vicende che si sono sopra ripercorse hanno evidenziato un graduale e difficoltoso processo di affrancamento del diritto bancario da quello comune, il quale per secoli era

¹⁴ In tema, per tutti ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2021, con particolare riferimento ai Capitoli I e II rispettivamente relativi all'evoluzione della disciplina dei mercati finanziari e alle autorità di vigilanza.

¹⁵ In argomento MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2009, n. 1, pp. 89-103.

stato la fonte della disciplina anche per gli enti creditizi, da questo momento si assiste ad un cambio di rotta. Le peculiarità e la delicatezza del sistema bancario, di cui ormai si ha piena coscienza, lo hanno reso il settore di elezione per la sperimentazione di significative innovazioni poi estese alle imprese costituite sotto forma di s.p.a. e, infine, al mercato in senso più ampio. Proprio ad un procedimento di questo tipo, scandito da tre fasi, si è assistito nell'ambito degli interventi normativi finalizzati al rafforzamento del sistema dei controlli interni così come è attualmente strutturato. Ciò dimostra come, ad oggi, sia il diritto bancario ad influenzare in maniera significativa quello comune più che il contrario¹⁶. Nell'avviarsi all'epilogo del presente *excursus* storico, bisogna segnalare altri significativi interventi del legislatore nazionale nel settore di interesse. Con il TUF (di cui si dirà più diffusamente), si è rafforzato il processo, iniziato dalla legge 216, di scoloritura dei poteri del collegio sindacale, privato della funzione contabile tradizionalmente attribuitagli e deputato ad organo di controllo degli assetti organizzativi dell'impresa. La riforma del 2003 ha poi portato a compimento la trasformazione del collegio sindacale, che pone al centro della propria attività la vigilanza sui principi di corretta amministrazione, tra cui l'adeguatezza degli assetti ed il loro concreto funzionamento. Con questa riforma si è proceduto all'estensione dei meccanismi di *internal governance* a tutte le s.p.a. Inoltre, sebbene limitatamente alla disciplina del solo sistema monistico, si è introdotto per la prima volta un espresso riferimento normativo al sistema di controllo interno. Il richiamo alla riforma del 2003¹⁷ è d'aiuto nella ricostruzione di quell'oscillazione tra centralità della vigilanza esterna ed esigenze di liberalizzazione che costituisce il *fil rouge* di questa iniziale ricostruzione storica. Infatti, il processo di liberalizzazione iniziato a livello interpretativo delle norme costituzionali trova nel 2003 un pieno riconoscimento normativo. Tutta la riforma appare pervasa dall'esigenza di perseguire un intento di liberalizzazione e rafforzamento dell'autonomia privata rinvenibile al di là di un'analisi specificamente focalizzata sull'assetto dei controlli. La

¹⁶ Si veda a proposito del rapporto tra diritto bancario e diritto comune MOSCO G.D., VELLA F., *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la "governance"?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2004, pp. 139-152. Ma anche STELLA RICHTER M., *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018, p.320.

¹⁷ Si rimanda alla Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003 per un'analitica disamina delle motivazioni alla base della riforma.

riforma, del resto, assume come modello la normativa statunitense, dominata in quegli anni dalla scuola di Chicago e da un'idea iperliberista del mercato e del diritto societario.

5. La normativa comunitaria e le esigenze di armonizzazione dell'Unione bancaria: il ritorno alla pervasività dei controlli esterni

Dal 2003 ad oggi le vicende che hanno interessato il sistema economico globale sono note. La crisi finanziaria del 2007-2009, causata dai mutui *subprime*, ha messo in luce tutti i limiti di un sistema dei controlli inefficiente e di carenti meccanismi di vigilanza. La forte interconnessione tra la stabilità del settore bancario e le sorti del debito pubblico ha reso necessario porsi il problema delle debolezze del sistema dei controlli e della opportunità dell'armonizzazione degli stessi a livello comunitario, resa cogente dall'esigenza di tutelare la stabilità della moneta unica. Gli anni della grande crisi sono stati segnati da significativi interventi pubblici nell'economia, sia generalizzati che a sostegno di singoli intermediari, a cui non si sono sottratti paesi di indiscussa tradizione liberale come gli Stati Uniti (in cui si ricorda il *Troubled Asset Relief Programme*). In Europa non sono mancati interventi a tutela delle banche, si pensi al sostegno alle banche spagnole ricorrendo al Meccanismo Europeo di Stabilità nel 2012.

Agli interventi diretti degli Stati nell'economia si sono poi accompagnati, a livello euro-unitario, interventi normativi finalizzati soprattutto a superare il problema dello scarso coordinamento tra le autorità nazionali nell'attività di supervisione delle banche con operatività transfrontaliera. Si sono poste le basi, in questi anni, per la costituzione dell'ambizioso progetto, ancora oggi in via di realizzazione, della Banking Union. Questo sistema è basato su tre pilastri¹⁸: un Meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) deputato alla supervisione dell'attività bancaria; un Meccanismo di Risoluzione Unico (MRU) per la risoluzione delle banche in crisi; ed un terzo pilastro, purtroppo non ancora implementato, relativo ad un sistema comune di garanzia dei depositi. Il Meccanismo di vigilanza unico è il pilastro che in questa sede assume precipuo rilievo. Esso è stato costituito sulla base

¹⁸ Cfr. BRESCIA MORRA C., *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, 2015, pp. 73-90. Ma anche BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 146 ss. DONATO L., *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla legge bancaria al single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della banca d'Italia*, 2014. Si veda anche LUCCHINI S., ZOPPINI A., *Vigilare le banche in Europa. Chi controlla il controllore?*, Firenze, Passigli, 2019.

dell'articolo 127 §6 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), che consente, a seguito di una complessa procedura, di affidare alla Banca Centrale Europea (BCE) compiti specifici di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi e sulle altre istituzioni finanziarie diverse dalle assicurazioni. L'implementazione di questo meccanismo ha richiesto una significativa attività di mediazione tra istanze diverse degli Stati membri, che ha avuto come esito l'attribuzione alla BCE della funzione di vigilanza sulle banche significative, rimettendo invece alle autorità nazionali la vigilanza sulle banche *less significant*. Tale meccanismo non può però essere considerato a due livelli, in quanto consolidata giurisprudenza europea¹⁹ e dottrina²⁰ sono concordi nel ritenere che le autorità nazionali svolgono delle funzioni loro delegate dalla BCE, che può in ogni momento avocare a sé la vigilanza sulle banche meno significative. Come si vedrà meglio nel capitolo del presente elaborato dedicato alle fonti del diritto, oggetto della valutazione di questi organi deputati alla vigilanza degli enti creditizi è anche l'idoneità del sistema dei controlli interni di cui essi sono dotati. La valutazione di tale idoneità è effettuata sia al momento del rilascio della licenza all'esercizio dell'attività bancaria, che, più in generale, nel corso dell'intera vita dell'ente creditizio.

Non è un caso che proprio da parte di organi operanti nell'ambito del MVU sia stata di recente posta l'attenzione sui c.d. *endogenous shocks*²¹, ravvisando nei sistemi di controllo interno, più che in fattori esterni, la causa delle crisi di diversi intermediari cui si è assistito negli ultimi mesi.

Le disposizioni europee sul sistema dei controlli interni prevedono un sistema di controllo a tre livelli che sarà oggetto di attenta analisi nelle pagine che seguono; pertanto, in questa sede è opportuno limitarsi a segnalare che da queste disposizioni emerge un nuovo, o meglio un rinnovato ruolo dell'organo di controllo interno quale referente dell'organo di vigilanza esterna, come sancito dall'articolo 52 TUB, che riprende una disposizione già prevista nella legge bancaria del 1936. E questo, se si tiene a mente l'ormai familiare

¹⁹ Il *leading case* in materia è la Sentenza del Tribunale, del 16 maggio 2017, caso T-122/15, *Landeskreditbank Baden-Württemberg-Förderbank contro Banca centrale europea*, confermata in appello dalla Corte di Giustizia con la sentenza dell'8 maggio 2019, Caso C-450/17 P.

²⁰ Tra gli altri si veda BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, p.149.

²¹ «Endogenous risk is the risk found within the financial system itself. This type of risk is the most dangerous, and it is often overlooked or not taken seriously enough by advisors and financial planners». Questa la definizione di PASZTOR J., MSF, MPAS, CFP, in *Endogenous Risk and Dangers to Market Stability*, in *The Journal of Investment Consulting*, Volume 14, Number 2, 2013.

pendolo, non stupisce di certo. Si tratta evidentemente dell'ennesima oscillazione verso una pervasività della vigilanza esterna che veste una pelle nuova.

6. La necessità di un controllo pubblico sulle banche. Conclusioni

Da dove nasce l'esigenza di questo rinnovato rafforzamento della vigilanza esterna sulle dinamiche gestionali delle banche? Che ne è dell'intento di liberalizzazione del settore? Sono quesiti che a questo punto nascono spontanei, perché di certo la pervasività dei controlli esterni questa volta non può essere spiegata con l'assolutismo monarchico o con il totalitarismo di certi regimi politici. A spiegarla è però l'esistenza di comprovati fallimenti nel settore del mercato bancario che rendono evidente l'inadeguatezza di quella corrente di pensiero, che pure a più riprese si ripresenta, del c.d. *free banking*. I sostenitori di quest'approccio anelano ad un sistema bancario totalmente libero, in cui regna la capacità del mercato di autoregolarsi raggiungendo situazioni di equilibrio ottimale, nel timore che i costi della regolamentazione siano nettamente superiori ai benefici che dalla stessa derivano. Come si è detto, si tratta di un approccio inadeguato, che non tiene conto delle peculiarità della gestione delle banche, le cui crisi hanno, come dimostrato dai fatti, un impatto degradante per l'intera economia. Gli effetti sistemici delle crisi finanziarie, che si estendono rovinosamente all'economia reale, sono l'evidenza di come non sia possibile tornare indietro. Del resto, il fallimento dei tentativi di *deregulation*, operati sul finire degli anni 80 del Novecento nei paesi anglosassoni, ne dà conferma. D'altra parte, se le conseguenze della crisi degli enti creditizi inevitabilmente hanno una ricaduta sull'intero sistema economico, travolgendo anche soggetti diversi da quelli strettamente appartenenti al sistema finanziario e costringendo ad interventi esterni lì dove il mercato non è in grado di far fronte autonomamente alle esternalità negative generate, non si vedono le ragioni per cui questi interventi esterni non dovrebbero avere luogo anche in sede di regolamentazione prudenziale e preventiva. Pertanto, è indubbio che non possa essere messa in discussione la necessità di un controllo pubblico per le banche, essendo invece semmai opportuno discutere sul grado di pervasività di tale controllo, che è certamente significativo nel contesto della disciplina dei controlli interni. In tale settore, infatti, la regolazione di vigilanza appare molto stringente, al punto da porre rilevanti

questioni circa un'eccessiva compressione della discrezionalità degli amministratori²². Questo trova certamente la sua giustificazione nell'emersione della crescente consapevolezza della stretta interconnessione tra controllo e rischio. Il sistema dei controlli interni è di certo lo strumento fondamentale ai fini della prevenzione dei rischi cui l'attività bancaria è soggetta e pertanto presiede alla tutela di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti quali l'accesso al risparmio, la casa, la proprietà, il finanziamento dell'attività di impresa²³. In ciò si annida la delicatezza della materia in esame.

²² In senso negativo si veda CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 19-37.

²³ Così CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293. Cfr. BECHT M., BOLTON P., RÖELL A., *Why bank governance is different*, in *Oxford Review of Economic Policy*, *Why bank governance is different*, in *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 27, Number 3, 2011, pp.437-463

CAPITOLO II

LE FONTI DEL DIRITTO

Sommario: 1. Il *single rulebook* – 2. Il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – 2.1. Articolo 5: la metanorma sulla «sana e prudente gestione» - 2.2. Articolo 14: La rilevanza dell'idoneità del sistema dei controlli interni fin dal momento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria – 2.3. Articolo 52: Il collegio sindacale come avamposto dell'autorità di vigilanza esterna – 2.4. Articolo 53: La vigilanza regolamentare – 2.5. Articolo 53 *bis*: Poteri di intervento – 3. La normativa secondaria: i dubbi su un eccesso di regolamentazione a scapito delle fonti di rango primario – 4. La *soft law*: rilievi sulla carenza di legittimazione democratica e ruolo del Comitato di Basilea – 5. Il sistema dei controlli interni nella Circolare 285/2013 di Banca d'Italia

1. Il *single rulebook*

Nel capitolo precedente si è accennato al tema dell'Unione Bancaria e ai suoi tre pilastri. Non è questa la sede per entrare nel dettaglio della disciplina della vigilanza esterna, ma è necessario sottolineare che il graduale processo di integrazione che ha portato alla configurazione della Banking Union ha reso il settore bancario la branca del diritto con probabilmente il più elevato livello di armonizzazione ed internazionalizzazione, ancor più di quanto sia avvenuto nella disciplina dei mercati finanziari. Questo è dovuto ad una molteplicità di fattori. Uno di questi è sicuramente l'esigenza di garantire le quattro libertà di movimento di cui all'articolo 26.2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: la libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali, in ragione del carattere transfrontaliero di queste attività.

Tuttavia, il motivo che sembra avere avuto un ruolo preminente nel perseguimento degli obiettivi di massima armonizzazione è la necessità di tutelare la stabilità della moneta unica. Con l'introduzione dell'euro la crisi degli enti creditizi di un certo paese aderente all'Eurozona diventa un problema di tutta l'Unione in quanto incide sulla fiducia nella

moneta. È questo evidentemente che ha reso necessaria una graduale e forte omogeneizzazione della normativa prudenziale e di vigilanza.

L'Unione Bancaria ha una struttura normativa multilivello, in cui le regole europee e nazionali interagiscono tra loro e si integrano con le norme di *soft law*, che, come si vedrà più avanti, sono ampiamente applicate nel settore bancario. A livello europeo il complesso normativo si articola in un unico sistema di norme prudenziali armonizzate, il cd. *single rulebook*, composto per lo più da norme direttamente applicabili a livello nazionale senza la necessità di recepimento delle stesse. Spesso, infatti, il recepimento divergente a livello nazionale di direttive europee ha generato incertezze di non poco momento¹, che hanno reso palese la necessità di evitare che un'eccessiva discrezionalità nell'attuazione nazionale possa comportare delle distorsioni della normativa. Nonostante ciò, accanto ai regolamenti, non mancano casi di emanazione di Direttive, che vengono recepite dagli Stati membri a integrazione della normativa nazionale, e atti delegati.

Un ruolo importante nella formazione del *single rulebook* spetta alla *European Banking Authority* (EBA). Essa ha competenze tecniche molto elevate e, servendosi delle stesse, elabora proposte di regolamento. Tali proposte devono però essere approvate dalla Commissione per assumere valore giuridico ed essere emanate nella forma di regolamenti delegati e di attuazione (articoli 290 e 291 TFUE)². L'intervento della Commissione è necessitato dal fatto che l'EBA, non essendo un'Istituzione dell'Unione, incontra i limiti della Dottrina Meroni³, per cui non può emanare atti normativi vincolanti. La

¹ Per esempio, le problematiche interpretative che sono sorte nel caso Corneli (Tribunale europeo, causa T-502/19) relativo alla sottoposizione della banca Carige all'amministrazione straordinaria di cui all'articolo 70 TUB, erano dovute proprio ad un recepimento dell'articolo 29 della Direttiva 59/2014 poco attento, e che ha indotto in errore la BCE. Quest'ultima, infatti, ha sottoposto la banca ad amministrazione straordinaria sulla base del presupposto del *significativo deterioramento della situazione della banca*, che il TUB prevede come condizione delle misure meno incisive di cui all'articolo 69 *octiesdecies*, e che invece la direttiva prevede come presupposto anche dell'articolo 29 riguardante l'amministrazione straordinaria. La BCE, nel caso di specie, ha commesso l'errore di ritenere applicabile direttamente la disposizione della direttiva, tant'è che il giudice fa notare che «quando il diritto dell'Unione è composto da direttive, deve essere applicata la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive» (punto 112 della sentenza). Comunque, al di là della questione specifica, è evidente come un recepimento poco preciso della normativa sovranazionale possa generare rilevanti incertezze interpretative. Utile la lettura di MAGLIARI A., *L'applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2023, pp. 213-223.

² Così BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 146.

³ La Dottrina Meroni prende il nome da una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione risalente al 1958 (la sentenza cd. Meroni) in cui viene elaborato il principio dell'equilibrio istituzionale, in forza del quale ogni Istituzione dell'Unione deve agire nei limiti delle attribuzioni che siano state ad essa conferite dai Trattati. In particolare, secondo la Corte, il Trattato di Lisbona ha realizzato una cessione di sovranità da parte degli Stati all'Unione secondo un principio di attribuzione che impedisce alle Istituzioni comunitarie di subdelegare tale sovranità. L'EBA, non essendo prevista dal Trattato, ma essendo stata istituita ai sensi

Commissione comunque non ha poteri molto ampi su questi regolamenti; essendo impossibilitata all'emendamento degli stessi, può solo rimandarli all'EBA per chiedere delle modifiche.

L'EBA, inoltre, emana atti di indirizzo, linee guida, pareri, raccomandazioni in materia di vigilanza, che sono diretti alle autorità di vigilanza nazionali. Tra queste, ai nostri fini, risultano particolarmente interessanti gli *Orientamenti in materia di governance interna ai sensi della Direttiva (UE) 2019/2034* diretti alle autorità di vigilanza nazionali e agli istituti finanziari, tra cui si annoverano anche le imprese di investimento⁴. Questi presentano delle indicazioni per l'implementazione di sistemi di controllo interno nelle banche che possono essere utili alle autorità nazionali per integrare le proprie prassi di vigilanza.

2. Il Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia

Nel 1993 il legislatore, indotto anche da spinte comunitarie, decise un intervento di riordino e sistematizzazione della disciplina bancaria, abrogando le leggi speciali fino ad allora vigenti ed emanando il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), che ancora oggi, con le opportune modifiche apportate, è la fonte normativa di riferimento nel settore. L'intervento del legislatore si è fondato su una significativa delegificazione e sull'introduzione di poche norme che rimettono alle autorità creditizie il potere di stabilire la disciplina di dettaglio. Questo tipo di formulazione ha consentito di adattare gli strumenti di controllo, a disposizione delle autorità di vigilanza, alle mutate esigenze del sistema economico.

Il TUB è stato però anche oggetto di una serie di modifiche finalizzate a recepire a livello nazionale direttive comunitarie in attuazione del *single rulebook* e non di rado recettive di standard tecnici provenienti dal Comitato di Basilea. Tra questi, nel 1998 il Comitato

dell'articolo 114 TFUE, non è un'Istituzione e pertanto non può emanare atti normativi. Da qui la necessità dell'intervento della Commissione per l'emanazione dei regolamenti che l'EBA scrive. L'autorità dispone però di strumenti di *soft law* con cui può incidere sulle concrete prassi di vigilanza. Sul tema interessante la lettura di VESE D., "*A Game of Thrones*": ruolo e poteri dell'autorità bancaria europea alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia, in *Rivista di diritto bancario*, 1/2023, §7. Ancora, per quanto riguarda la legittimazione delle diverse autorità si veda GALLI L., *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche: il caso del SRB*, in *Rivista di diritto bancario*, 2/2016, pp. 133-153.

⁴ EBA, *Orientamenti in materia di governance interna ai sensi della Direttiva (UE) 2019/2034*, §1 punto 1, p.2.

di Basilea ha emanato le prime significative disposizioni sull'organizzazione interna delle banche, con particolare attenzione ai meccanismi di controllo interno dei rischi. Da qui il peso che il Testo Unico attribuisce alle regole sull'organizzazione come elemento centrale dei controlli prudenziali.

L'esposizione che seguirà sarà tesa a selezionare, tra le disposizioni del TUB, quelle che a chi scrive paiono maggiormente significative nell'ottica di una collocazione sistematica dei controlli interni e di una individuazione precisa delle funzioni degli stessi nell'ambito del diritto bancario.

2.1. Articolo 5: la metanorma sulla «sana e prudente gestione»

*Comma 1: Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla **sana e prudente gestione** dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza, e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.*

L'articolo può essere considerato come il fondamento dell'istituzionalizzazione del sistema dei controlli interni, dal momento che essi costituiscono un tassello imprescindibile per un assetto organizzativo che possa considerarsi adeguato all'esercizio dell'attività bancaria secondo i fondamentali principi della sana e prudente gestione⁵. Pertanto, oggetto delle valutazioni dell'autorità di vigilanza è certamente anche la predisposizione di un adeguato sistema dei controlli interni, come dimostrato dal disposto dell'articolo 14 di cui si dirà avanti.

Rimanendo sulla norma in analisi, vale la pena indagare più a fondo la connessione tra i controlli interni e l'obiettivo microeconomico della sana e prudente gestione, data la frequenza con cui lo stesso ricorre nella normativa di settore nonché la sua rilevanza. La crisi finanziaria ed economica globale, di cui viviamo ancora gli effetti, ha comportato un mutamento nell'approccio dei controlli sul rischio di impresa. Essi non sono più basati su

⁵ Così diffusamente BROGI M., *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impresa Società*, 2/2010, pp. 283-308. Ma anche più di recente BISIGNANO V., *L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria.*, [Tesi di dottorato], Palermo: Università degli studi di Palermo, 2018. A proposito della istituzionalizzazione del controllo interno si veda anche MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023, pp. 22-28.

un'attività di controllo del rischio (*control based*), ma sul contenimento dei rischi nel limite stabilito (*risk based*) nel *Risk Appetite Framework* (RAF)⁶.

Questo cambio di approccio emerge dalla crescente consapevolezza del fatto che il rischio è insito nell'ontologia dell'attività di impresa, specialmente se bancaria; è dunque necessario non arginarlo ma valutarlo e controllarlo entro limiti preventivamente perimetrati (ecco la funzione del *Risk Appetite Framework*). Ciò ha un impatto sulle caratteristiche del controllo, che diventa preventivo e operante già nel contesto della gestione fisiologica dell'impresa, e che soprattutto viene finalizzato alla prevenzione più che al sanzionamento delle irregolarità.

Ne deriva un'integrazione delle funzioni di controllo, specialmente di quelle aziendali, nell'attività gestoria dell'impresa, così che esse vanno concepite non solo come preposte alla gestione del rischio, ma come coinvolte nel perseguimento della finalità di sana e prudente gestione⁷.

Nel settore bancario ancor più che in altri, quindi, il momento gestorio e quello del controllo costituiscono un *unicum* diretto al medesimo obiettivo⁸. Fin dalle primissime attività operative vanno garantite delle condotte ossequiose del principio della sana e prudente gestione e proprio a questo obiettivo mira l'odierna definizione del sistema dei controlli interni⁹.

⁶ Vd. *Sub Parte seconda, Capitolo I, §3.1.*

⁷ CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293.

⁸ «Efficaci assetti organizzativi e di governo societario costituiscono per tutte le imprese condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali. Per le banche essi assumono particolare rilievo in ragione delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza». (Banca d'Italia, Circolare 285/2013, Parte prima IV, 1, 1). Così anche BROGI M., *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impresa Società*, 2/2010, pp. 283-308. È forse di una qualche utilità in questa sede rammentare talune delle principali criticità che caratterizzano l'impresa bancaria, sulla scorta di quanto segnalato in varie sedi sia a livello europeo che statunitense. Appare utile il riferimento ad alcune delle criticità individuate nel provvedimento del Comitato di Basilea del 1999 per il *Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*: l'alto rischio di contagio legato ai rapporti interbancari e i conseguenti effetti sistemici, la limitata attenzione alla gestione del rischio e l'alto rischio di liquidità causato da *leverage* con ampie percentuali di debiti a breve termine.

⁹ Secondo MONTALENTI P., *Sistemi di controllo interno e "corporate governance": dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n.1, 2/2012, pp. 243-268, il controllo ha subito una trasformazione da strumento diretto alla tutela delle minoranze a strumento finalizzato a garantire la correttezza gestoria. Sulla stessa linea anche RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, pp. 431-470.

Se tutta la gestione dell'impresa bancaria è orientata a quest'obiettivo, è forse di una qualche utilità, in questa sede preliminare all'analisi del tema oggetto di studio, soffermarsi a chiarire cosa si intenda per sana e prudente gestione¹⁰. Il concetto deriva dalla normativa comunitaria e in particolare dal recepimento dell'esperienza dei paesi di *common law*, che tendono a perimetrare i poteri delle autorità di vigilanza mediante concetti generali ed astratti. Si tratta pertanto di un limite all'esercizio dei poteri valutativi dell'autorità di vigilanza che, nell'emanare i propri provvedimenti, non può riferirsi solo al mercato finanziario nel suo complesso, ma deve valutare la situazione economica del singolo intermediario. L'espressione assume i connotati di una clausola generale il cui concreto contenuto va valutato in sede applicativa della stessa. In termini generici però è possibile affermare che una gestione è sana se non sussistono conflitti di interesse e prudente se condotta sulla base di una opportuna valutazione dei rischi insiti nell'attività di impresa bancaria, tenendo conto delle caratteristiche dell'ente creditizio¹¹. Ecco riemergere il rischio.

Ma chi sono i soggetti deputati ad eseguire questa valutazione e a riempire di contenuto queste categorie? Prima di tutto le autorità di vigilanza che, trovandosi di fronte ad una formula tanto generica, possono evidentemente definire la stessa utilizzando una certa discrezionalità. Tanto la gestione *sana*, quando quella *prudente*, sono carenti di basi normative su cui modellarsi, e pertanto la determinazione precisa delle stesse è rimessa alla normativa di dettaglio dell'autorità di vigilanza. E così la norma, che nasce con l'obiettivo di delineare ben definiti argini alla discrezionalità amministrativa¹², finisce per incrementare in maniera considerevole la stessa, almeno nella fase di determinazione a livello regolamentare delle condizioni che devono essere osservate dagli intermediari perché possa dirsi integrata dagli stessi una gestione sana e prudente.

¹⁰ Interessanti sul tema gli interventi di PORZIO M. *La sana e prudente gestione*, in AA.VV. *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009 e BROGI M., *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impresa Società*, 2/2010, pp. 283-308;

¹¹ BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 115 e 116.

¹² L'utilizzo di formule astratte da parte del legislatore consente di affidare alla Banca d'Italia il contemperamento delle esigenze di tutela che vengono via via in rilievo. La discrezionalità di cui l'autorità gode è legittimata da elevate competenze tecniche che anche in sede giurisdizionale vengono tenute in gran considerazione. Infatti, spesso i giudici hanno rigettato la richiesta di consulenze tecniche di parte nei casi di ricorso contro sanzioni della Banca d'Italia sostenendo che gli accertamenti su cui si basavano le sanzioni fossero stati condotti da organi tecnici competenti, affidabili e terzi, così BRESCIA MORRA C. *op.cit.* p. 164.

L'esercizio di questa discrezionalità amministrativa è stato particolarmente consistente proprio nella determinazione di assetti di *governance* e modalità organizzative dei sistemi di controllo interno, rispetto ai quali, come si dirà più avanti, la regolazione della Banca d'Italia è particolarmente corposa e dettagliata.

2.2. Articolo 14: La rilevanza dell'idoneità del sistema dei controlli interni fin dal momento dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria

Comma 1: *L'autorizzazione all'attività bancaria è rilasciata quando ricorrano le seguenti condizioni:*

[...]

*c) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale, unitamente all'atto costitutivo, allo statuto, all'indicazione, se del caso, della capogruppo, delle società di partecipazione finanziaria e delle società di partecipazione finanziaria mista appartenenti al gruppo, nonché alla descrizione dei dispositivi, dei processi e dei meccanismi relativi al governo societario, all'organizzazione amministrativa e contabile, ai **controlli interni** e ai sistemi di remunerazione e di incentivazione;*

[...]

Comma 2: *L'autorizzazione è rilasciata dalla BCE, su proposta della Banca d'Italia; è negata, dalla Banca d'Italia o dalla BCE, quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita **la sana e prudente gestione**.*

La lettera dell'articolo 14 è particolarmente interessante ai fini di questo lavoro. In primo luogo, bisogna segnalare come la norma si collochi in continuità con quanto già esposto rispetto all'articolo 5. Il comma 2, infatti, prevede che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria possa essere negata quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 e dunque non sia garantita la sana e prudente gestione dell'intermediario.

Tra le condizioni di cui al comma 1 vi è anche la predisposizione di un sistema di controlli interni le cui modalità organizzative vanno definite ed esplicitate già prima dell'inizio dell'attività. Pertanto, l'inidoneità dei controlli interni può pregiudicare il rilascio della licenza bancaria, mancando una delle condizioni atte a garantire la sana e prudente gestione. È evidente qui come il concetto di sana e prudente gestione sia di ascendenza comunitaria e dunque, nelle sue pur diverse espressioni legislative, condiviso a livello

sovranaZIONALE. Infatti, ad accertare le condizioni per una sana e prudente gestione non è solo la Banca d'Italia, ma anche la BCE, e non avrebbe senso affermare che la Banca Centrale esegue delle valutazioni di idoneità differenti a seconda dello Stato membro in cui nasce l'ente creditizio. Esigenze di armonizzazione suggeriscono la portata generale del concetto.

Ciò che però maggiormente interessa rilevare in questa sede, è che la predisposizione di un adeguato assetto di controlli interni è una preconditione per l'esercizio dell'impresa bancaria, essendo essi riconducibili agli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Vi è dunque una stretta interconnessione tra *corporate governance* e controlli interni, i quali assumono una rilevanza strategica. L'ente creditizio, fin dalla sua nascita, va costruito definendo un idoneo sistema dei controlli interni, che è condizione stessa della sua costituzione in quanto imprescindibile presidio per il suo corretto funzionamento.

L'articolo 14 rivoluziona la concezione del controllo, che perde i suoi connotati di strumento di intervento sanzionatorio *ex post* per prendere il proprio posto nel momento gestorio dell'impresa. Un adeguato sistema dei controlli interni fornisce al *management* un supporto nella valutazione delle decisioni economiche e delle scelte gestorie e non si limita ad una valutazione successiva degli atti amministrativi¹³.

2.3. Articolo 52: Il collegio sindacale come avamposto dell'autorità di vigilanza esterna

Comma 1: Il collegio sindacale informa senza indugio la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria. A tali fini lo statuto della banca, indipendentemente dal sistema di amministrazione e controllo adottato, assegna all'organo che svolge la funzione di controllo i relativi compiti e poteri.

[...]

¹³ In questo senso si orienta PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 141-147.

Le disposizioni di vigilanza sul governo societario insistono a più riprese sul rafforzamento dell'indipendenza dell'organo interno con funzione di controllo, che nel nuovo assetto della vigilanza bancaria europea assume il fondamentale ruolo di referente dell'autorità di vigilanza esterna. La formulazione dell'articolo 52, da cui emerge chiaramente questa nuova funzione dell'organo di controllo (che non è identificabile solo nel collegio sindacale, come è evidente dal secondo periodo della disposizione) riprende in realtà una norma già presente nella legge bancaria del 1936. Riportando alla mente quanto esposto nel primo capitolo di questo lavoro, si rammenterà che la legge del 1936 prevedeva una significativa centralità della vigilanza esterna a scapito degli obiettivi di liberalizzazione che si erano andati affermando nei decenni anteriori.

Oggi si assiste nuovamente ad un rafforzamento del ruolo dell'autorità di vigilanza esterna, a cui sono attribuiti significativi poteri di ingerenza anche sulle dinamiche organizzative aziendali, e ciò meglio si vedrà nell'analisi delle norme che individuano i poteri di intervento di dette autorità. Evidentemente, al fine di esercitare in maniera efficace il proprio controllo sugli intermediari bancari, la vigilanza esterna deve servirsi di soggetti che operano all'interno della banca e che sono dotati di un patrimonio informativo più completo. È questa la ragione per cui l'organo di controllo ha assunto la novella funzione di avamposto dell'autorità di vigilanza, attestandosi come un vero e proprio "organo sensoriale" della stessa all'interno dell'ente creditizio. Chiaramente, anche la banca deve predisporre le proprie modalità organizzative tenendo conto di questo ruolo dell'organo di controllo e quindi prevedendo a livello statutario tutte le condizioni necessarie a consentire allo stesso di adempiere ai propri obblighi informativi in modo efficiente. L'organizzazione interna deve in altri termini essere d'ausilio alla vigilanza esterna, facilitare la stessa. A tal fine, vanno attribuiti all'organo di controllo tutti i poteri che sono funzionali all'accertamento delle irregolarità nella gestione o della violazione delle norme che disciplinano la materia bancaria¹⁴. In ciò si ravvisa quindi una necessaria cooperazione tra la vigilanza esterna ed il sistema dei controlli interni.

¹⁴ MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023, p. 93, nota 87: «[...] È di tutta evidenza, pertanto, come l'intervento statutario sulle competenze di tale organo si riverbera sull'attività di raccordo funzionale con l'Autorità di vigilanza, dal momento che, inquadrando e definendo il perimetro d'azione da cui può scaturire l'eventuale comunicazione all'Autorità, finisce così per connotare la qualità stessa del dato informativo che sarà quindi in grado di trasmettere».

Ma nella medesima direzione vanno anche le disposizioni di vigilanza sul rafforzamento dell'indipendenza dell'organo di controllo, di cui si è detto in fase incipitaria. Infatti, proprio l'indipendenza è una condizione indispensabile perché l'organo possa adempiere alla propria funzione di referente dell'autorità in maniera corretta ed efficiente.

L'articolo 52 mette in rilievo un dato di grande importanza ai fini della nostra disamina, e cioè il fatto che controlli interni e vigilanza esterna, devono essere considerati parte di un unico sistema¹⁵. In questo sistema integrato è essenziale la regolarità ed efficienza dei flussi informativi che garantiscono la migliore gestione possibile dell'impresa bancaria. Tali flussi informativi, quando rivolti all'autorità di vigilanza, devono avere ad oggetto tutti gli atti o i fatti che possano configurarsi come irregolarità nella gestione o violazione di norme¹⁶. Riguardo ciò, è pacifico che ai fini della comunicazione alla Banca d'Italia delle anomalie riscontrate non è necessario che il collegio sindacale esegua un accertamento dell'effettiva sussistenza di una irregolarità o violazione. È sufficiente una segnalazione generica che sia fondata sul *fumus* di una violazione significativa. La valutazione dell'effettiva sussistenza dell'irregolarità è poi di competenza dell'autorità di vigilanza. Quest'ultima pone quindi all'interno dell'ente creditizio una propria sentinella, che le consente di tenere sotto controllo le dinamiche organizzative e gestorie. Questo meccanismo di monitoraggio è stato rafforzato dal legislatore con il d.lgs. 72/2015, che ha aggiunto l'articolo 52 *bis* del TUB. La norma, rubricata *Sistemi interni di segnalazione delle violazioni*, ha introdotto nel nostro ordinamento la pratica di derivazione statunitense del *whistleblowing*¹⁷.

Senza soffermarsi in questa sede sulla specifica disciplina dell'istituto, basterà qui ricordare che l'obiettivo dello stesso è consentire a soggetti membri di una certa organizzazione di segnalare azioni illegittime, illegali o immorali perpetrate all'interno

¹⁵ STELLA RICHTER M. jr, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018 secondo cui i controlli interni, i controlli esterni e la vigilanza vanno considerati congiuntamente anche nell'ottica di un carico di oneri per il soggetto vigilato che sia proporzionato e sostenibile. Nella stessa sede va segnalata un'ulteriore significativa riflessione dell'autore, il quale sottolinea la necessità che una incisiva vigilanza esterna non comporti un depotenziamento dei controlli interni.

¹⁶ Così VALENSISE P., *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 207.

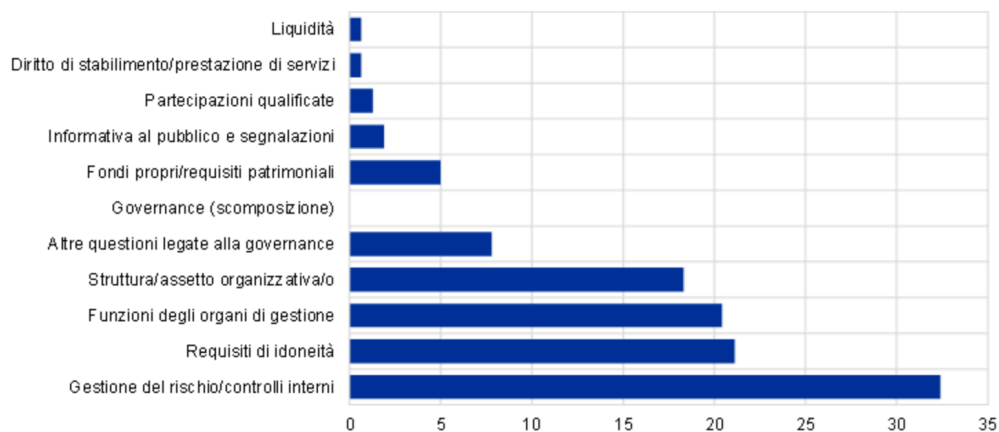
¹⁷ Articolo 52 bis: 1. «Le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria. [...]5. La Banca d'Italia emana disposizioni attuative del presente articolo». All'implementazione della norma la Banca d'Italia ha provveduto con l'introduzione del Capitolo 3 Sez. VIII del Titolo IV della Circolare 285/2013.

dell'organizzazione stessa, garantendo diverse tutele al segnalante soprattutto in termini di riservatezza. L'istituto è strumentale a consentire la tempestiva rilevazione di molteplici tipologie di rischio. Nello specifico, ai nostri fini, si tratta di un istituto di notevole rilievo in quanto estremamente idoneo a consentire la rilevazione di irregolarità nella implementazione di sistemi di controllo interno e gestione dei rischi.

Quanto appena affermato è dimostrato dai dati forniti dalla BCE nel suo Rapporto sulle attività di vigilanza del 2022¹⁸. Sul proprio sito la Banca centrale ha infatti predisposto una piattaforma che consente segnalazioni di violazioni della normativa bancaria europea. Le informazioni ottenute sono utilizzate ai fini dell'attività di vigilanza della BCE. Solo nel 2022 sono state ricevute 204 segnalazioni. Tra le violazioni segnalate più frequentemente sono annoverate questioni di *governance* (circa il 90 % delle segnalazioni), tra cui soprattutto carenze nei sistemi di controllo interno. Interessante è il grafico, rinvenibile nel rapporto e che si riporta di seguito, relativo alle presunte violazioni segnalate tramite il meccanismo di *whistleblowing*.

Presunte violazioni segnalate tramite il meccanismo di whistleblowing

(valori percentuali)



Fonte: BCE.

19

È evidente come la gestione del rischio e i controlli interni siano il tema più critico da prendere in considerazione da parte dell'Autorità di vigilanza.

¹⁸<https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/publications/annualreport/html/ssm.ar2022~e4b57f3b89.it.html#toc66>

¹⁹ Vd. nota 18, informazioni relative alla fine del 2022.

Del resto, proprio nel medesimo rapporto la BCE specifica che i controlli interni e la gestione del rischio saranno oggetto di analisi mirate nel periodo 2022-2024 in ragione del fatto che, nonostante i progressi sicuramente registrati, «le autorità di vigilanza continuano a rilevare un elevato numero di carenze strutturali nelle funzioni di controllo interno»²⁰. Sulla questione si tornerà più avanti, in questa sede risultava solamente necessario chiarire la connessione tra il meccanismo di *whistleblowing* e i controlli interni.

2.4. Articolo 53: La vigilanza regolamentare

Comma 1: *La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto:*

[...]

*d)il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i **controlli interni** e i sistemi di remunerazione e incentivazione.*

[...]

L'articolo è espressivo di quella tecnica legislativa di cui si è detto al paragrafo introduttivo. Il legislatore del Testo unico attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere prudenziale; questo ovviamente sempre nel rispetto dei limiti all'esercizio dell'attività di vigilanza previsti dall'art 5 TUB.

La norma in analisi assume particolare rilevanza nella misura in cui si pone come base giuridica di legittimazione dei numerosi interventi normativi che negli anni si sono succeduti ad opera della Banca d'Italia. Tra questi, il più significativo, è rappresentato dalla Circolare 285/2013 riguardante *Disposizioni di vigilanza sulle banche*, che sarà più ampiamente analizzata in questo stesso capitolo e più diffusamente presa in considerazione nei capitoli che seguiranno.

La Circolare dedica un ampio spazio alla disciplina dei controlli interni, a dimostrazione della crescente rilevanza della materia, specie dopo gli anni più terribili della crisi globale. Proprio questa base normativa è risultata indispensabile al superamento delle argomentazioni di una parte della dottrina²¹ che si è dimostrata scettica verso il processo

²⁰ Vd. nota 18.

²¹ In questo senso MINTO A. *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, CEDAM, 2012, p. 37 ss. Ma anche CICCHINELLI S., *Commento sub articolo 53*, in COSTA C., *Commento*

di delegificazione cui si è assistito nel settore del diritto bancario e per la cui analisi più approfondita si rimanda al §3 del presente capitolo.

Vale la pena in questa sede sottolineare la connessione tra l'articolo 53 e l'articolo 5 del Testo Unico, che si è detto essere qualificabile come la metanorma sulla sana e prudente gestione. Ebbene, l'articolo 53 sembra riempire di contenuto la clausola generale della sana e prudente gestione rimettendo all'autorità di vigilanza la determinazione delle specifiche condizioni in presenza delle quali la stessa possa considerarsi integrata²².

2.5. Articolo 53 bis: Poteri di intervento

Comma 1: *La Banca d'Italia può:*

[...]

e) disporre, qualora la loro permanenza in carica sia di pregiudizio per la sana e prudente gestione della banca, la rimozione di uno o più esponenti aziendali; la rimozione non è disposta ove ricorrano gli estremi per pronunciare la decadenza ai sensi dell'art 26, salvo che sussista urgenza di provvedere.

L'articolo fornisce un esempio molto chiaro della manifestazione normativa del fenomeno oscillatorio di cui si è parlato nell'introduzione storica al presente lavoro. La norma è infatti espressione di quell'assestamento del pendolo verso la centralità della vigilanza esterna a cui abbiamo assistito negli ultimi decenni. Non è certo di poco conto che il legislatore abbia previsto la possibilità, per l'autorità di vigilanza, di ingerirsi a tal punto nelle vicende gestorie dell'impresa bancaria da poter rimuovere esponenti della stessa. Si badi che si tratta di un potere non assolutamente discrezionale, ma comunque limitato dalla previsione di un criterio piuttosto generico che è quello della sana e prudente gestione. Questo lascia indubbiamente all'autorità un certo margine di

al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 545 ss; CLEMENTE C., LA ROCCA L., *Commento sub articolo 53*, in CAPRIGLIONE F. (diretto da), PELLEGRINI M., SEPE M., TROIANO V. (con la collaborazione di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, CEDAM, 2018, pp. 605 ss.

²² RIGANTI F., in *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, parla di un rapporto di specificazione tra l'articolo 53 e l'articolo 5 del TUB individuando nella formulazione dell'articolo 53 comma 1 lettera d l'evidenza dello «stretto legame intercorrente tra requisiti patrimoniali e profili organizzativi al fine di raggiungere il paradigma della sana e prudente gestione», p. 62.

discrezionalità giustificabile probabilmente con le peculiari esigenze di tutela che si è più volte detto caratterizzano il settore bancario.

L'articolo appare interessante ai fini dello studio del sistema dei controlli interni se lo si valuta in un'ottica comparata. La norma è stata introdotta nel nostro ordinamento recependo un'analogia disposizione della direttiva CRD IV²³, che all'art 67, comma 2, lettera d, statuisce che gli Stati membri devono assicurare che le sanzioni amministrative e le altre misure applicabili prevedano anche «l'interdizione temporanea dall'esercizio di funzioni in seno a enti a carico di un membro dell'organo di gestione dell'ente o di altre persone fisiche considerate responsabili». Nella stessa direzione va l'articolo 16 del Regolamento 1024/2013 (che regola il Meccanismo di Vigilanza unico). La norma prevede che la BCE possa: «*remove at any time members from the **management board** of credit institutions who do not fulfil the requirements set out in the acts referred to in the first subparagraph of article 4*».

Dunque, quando membri dell'organo amministrativo non soddisfano determinati requisiti, possono essere rimossi dall'autorità di vigilanza. Le due norme eurocomunitarie, se messe a confronto con l'articolo 53 *bis* TUB, fanno emergere due fattori di interesse. Prima di tutto si nota che la normativa nazionale appare più rigida di quella prevista dalla direttiva e maggiormente in linea con la previsione regolamentare. Tuttavia, e qui veniamo al secondo aspetto degno di nota, rispetto al regolamento 1024 l'articolo 53 *bis* amplia il novero dei destinatari delle misure di rimozione. Esso non limita il potere dell'Autorità di vigilanza ai soggetti che compongono il *board* amministrativo, ma più in generale si riferisce ad *esponenti aziendali*, tra i quali possono indubbiamente essere ricompresi i membri dell'organo di controllo²⁴.

L'analisi dell'articolo 53 *bis* e il tema dell'intervento della vigilanza esterna nell'assetto dei controlli interni rendono d'obbligo il riferimento alle *early intervention measures*. Si tratta di misure di intervento precoce, rimesse alla competenza dell'autorità di vigilanza²⁵,

²³ Si tratta della Direttiva 2013/36/UE che riguarda le condizioni di accesso all'attività bancaria, la libertà di stabilimento, regole sul controllo prudenziale e requisiti patrimoniali.

²⁴ Così DE BIASI P., *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016, pp. 69-88.

²⁵ In questo contesto, così come anche rispetto alle misure di cui all'articolo 53 *bis*, per autorità di vigilanza si intende, a seconda dei casi, la Banca d'Italia o la Banca Centrale Europea sulla base delle regole di distribuzione delle competenze operanti nell'ambito del Meccanismo di Vigilanza Unico di cui si è già detto nel Capitolo I. Giova in questa sede ribadire che la BCE svolge il ruolo di autorità di vigilanza sulle banche che presentano i requisiti per essere considerate *significant*; la Banca d'Italia esercita invece le funzioni di

che sono finalizzate a gestire una situazione di deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca, il quale però non è ancora degenerato in una situazione di insolvenza che richieda la risoluzione o la liquidazione coatta dell'ente²⁶.

Gli articoli 69 *octiesdecies* e ss. TUB, in recepimento della disciplina europea²⁷, regolano, sulla base di presupposti differenti, le diverse misure di intervento precoce adottabili dalle autorità di vigilanza. Tra questi, l'articolo 69 *vicies-semel* prevede che in presenza di determinati presupposti²⁸ l'autorità di vigilanza possa «disporre la rimozione e ordinare il rinnovo di tutti i componenti degli organi con funzione di amministrazione e di controllo delle banche». La misura rafforza il disposto dell'articolo 53 *bis*, prevedendo che la rimozione riguardi l'organo amministrativo o di controllo nel suo complesso. L'autorità procede poi alla convocazione dell'assemblea per il rinnovo degli organi e ne approva la nomina. Si tratta di un potere molto incisivo, che investe gli organi della banca ma anche i diritti dei soci.

Non è però la misura più grave che l'autorità di vigilanza può adottare.

Di ancora maggiore incisività risulta infatti il disposto dell'articolo 70 TUB, che regola l'amministrazione straordinaria²⁹.

vigilanza sulle *less significant banks*. Sulla base dello stesso criterio sono esercitate le competenze inerenti all'adozione di misure di intervento precoce.

²⁶ Sulla base di quanto previsto dal reg. 804/2014 sul Meccanismo di Risoluzione Unico, quando l'autorità di vigilanza ravvisa l'inutilità delle misure di intervento precoce, essendo la situazione della banca inevitabilmente compromessa, dichiara il *failing or likely to fail* (dissesto o rischio di dissesto) dell'ente creditizio e la competenza passa all'autorità di risoluzione, che valuta le successive modalità di intervento. Si badi che il termine dissesto in questo contesto ha un'accezione più ampia del concetto di insolvenza di cui all'articolo 2 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (che consiste nello «stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»), intendendosi per dissesto anche un'insolvenza prospettica. Una volta dichiarato lo stato di dissesto sarà l'autorità di risoluzione competente (il *Single Resolution Board* per le banche significative e i gruppi transfrontalieri e l'autorità nazionale per le altre) a valutare la sussistenza delle condizioni per procedere con la risoluzione o viceversa con procedure nazionali di liquidazione della banca (in Italia la liquidazione coatta amministrativa). Qualora non vi siano soluzioni alternative per impedire la liquidazione in un ragionevole lasso di tempo attraverso l'intervento di privati e sussista un interesse pubblico, si procede alla risoluzione. Vd per una trattazione più approfondita il capitolo sulla crisi degli enti in BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020.

²⁷ Direttiva 2014/59/UE.

²⁸ Gravi violazioni di disposizioni legislative, regolamentari o statutarie, o gravi irregolarità nell'amministrazione, o deterioramento particolarmente significativo della situazione della banca. Sempre che le misure di cui all'articolo 53 *bis* non siano sufficienti.

²⁹ A seguito degli interventi normativi tesi a garantire l'armonizzazione della vigilanza bancaria europea, l'amministrazione straordinaria è divenuta una misura di intervento precoce di competenza esclusiva dell'autorità di vigilanza. Non è più previsto, pertanto, il decreto del ministro dell'Economia che doveva approvare la proposta della Banca d'Italia.

L'articolo prevede che in presenza di determinate circostanze, in cui le misure meno incisive siano inefficaci, l'autorità di vigilanza agisce disponendo lo scioglimento degli organi con funzione di gestione e di controllo, al cui posto nomina dei commissari straordinari e un comitato di sorveglianza. Per tutta la durata dell'amministrazione straordinaria le funzioni dell'assemblea sono sospese.

Nonostante la sospensione delle funzioni assembleari sia considerata compatibile³⁰ con la necessità di non pregiudicare i diritti degli azionisti, è evidente quanto significativo sia il potere che la norma attribuisce alla vigilanza esterna in termini di incisività sulla *governance* bancaria.

3. La normativa secondaria: i dubbi su un eccesso di regolamentazione a scapito delle fonti di rango primario

Negli ultimi decenni il settore bancario in Italia ha conosciuto l'affermarsi di una particolare dinamica nei rapporti tra le fonti del diritto. Le fonti primarie si sono orientate nel senso di una significativa libertà operativa in capo agli enti creditizi, anche consentendo agli stessi di assumere delle forme organizzative alternative al modello di *governance* tradizionale.

D'altro stampo sono stati invece gli interventi normativi delle Autorità di vigilanza, che hanno assunto un approccio molto rigido nel dettare la disciplina sul governo societario³¹. Si ravvisa in questa materia un'elevata pervasività della normativa regolamentare soprattutto su tre questioni: la composizione ed il funzionamento degli organi di

³⁰ Il Caso Corneli (Tribunale europeo, causa T-502/19), relativo alla sottoposizione ad amministrazione straordinaria della Banca Carige da parte della BCE, anche se verte su temi molto più ampi è certamente utile in questa sede. Ciò che non viene mai messo in discussione, infatti, è proprio la legittimità di un intervento dell'autorità di vigilanza che abbia un'incidenza sui diritti degli azionisti. Si dibatte sui presupposti dell'articolo 70 TUB, sulla diretta incidenza sui diritti del singolo azionista o su quelli dell'assemblea nel suo complesso, ma mai sulla legittimità di una limitazione di tali diritti che è un dato assunto dal Tribunale. Si veda anche BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 277 e p. 279 in cui l'autrice afferma che: «La sospensione delle funzioni dell'assemblea è stata considerata compatibile dal legislatore italiano con il principio affermato dalla direttiva di lasciare impregiudicati i diritti degli azionisti, considerato che la sospensione, come strutturata nel t.u.b., non incide sostanzialmente sui poteri dell'assemblea; [...]».

³¹ CERA M., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015, pp. 947 ss.: «Certo, pare alquanto curioso che le norme primarie nel diritto delle imprese perdano di imperatività ed efficacia deterrente, laddove quelle secondarie o amministrative diventano ponderose e minuziose».

amministrazione, la remunerazione degli esponenti aziendali e, *maxime*, l'adeguatezza dei sistemi di controllo interno e di governo dei rischi.

Come si è già in più sedi ricordato, indubbiamente la *governance* bancaria richiede un'attenzione normativa maggiore di quanto non sia altrove necessario. L'attività tipica dell'impresa bancaria, che l'articolo 10 TUB ci ricorda essere la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito, coniuga in sé una pluralità di interessi, tra cui emergono la tutela di diritti costituzionalmente garantiti ed esigenze di stabilità dell'intero sistema economico. Evidentemente non è possibile rimettere l'organizzazione bancaria all'assoluta discrezionalità dell'autonomia privata, ma ciò non toglie che legittimi dubbi possano sorgere circa il grado di pervasività della normativa di settore, ancor più se ad essere maggiormente incisivo non è il legislatore democraticamente collocato al vertice del sistema delle fonti, ma la disciplina di carattere secondario. La sensazione da più parti avvertita³² è quella di una compressione importante dell'autonomia privata, che se da un lato trova la propria giustificazione in particolari esigenze di tutela degli interessi generali coinvolti, dall'altro deve in ogni caso bilanciarsi con la scelta di avere solo banche private (con i problemi che questo può comportare nell'individuazione di soggetti disposti ad investire nel capitale di rischio di questi enti)³³. Infatti, sono numerosi gli esempi da cui si evince come la normativa regolamentare restringa l'autonomia privata anche derogando al diritto comune. Tra questi si può ricordare il meccanismo di nomina dei membri del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico.

Come si vedrà nelle pagine dedicate al tema, l'art 2409-*octiesdecies* del Codice civile stabilisce che la nomina dei membri del comitato per il controllo sulla gestione compete

³² Cfr. STELLA RICHTER M. jr, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018; PORTALE G.B., *La "Corporate governance" delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, §4. Così anche CERA M., *op.cit.* DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2015, pp.525-613, rispetto alle limitazioni imposte al presidente del consiglio di sorveglianza (vd. nt. 33). Sempre in tema di compressione dell'autonomia privata si veda anche CALABDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 34 in cui l'autore afferma che «Se si ammette l'esistenza di una discrezionalità amministrativa nell'attuazione del principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, occorre comunque riconoscere che questa discrezionalità viene ad essere decisamente compressa, per quanto riguarda il sistema dei controlli interni delle banche, dall'esistenza di una regolamentazione di vigilanza che definisce le competenze degli organi sociali, l'articolazione organizzativa e le procedure da adottare, i compiti da assegnare alle diverse funzioni aziendali». Ancora, lo stesso autore a p. 33 manifesta perplessità circa la rigidità con cui l'autorità di vigilanza introduce dei limiti quantitativi alla composizione degli organi sociali.

³³ STELLA RICHTER M. jr, *op. cit.*, p. 334.

al consiglio di amministrazione. La Banca d'Italia prevede invece che lo statuto delle banche debba attribuire questo potere all'assemblea, perseguendo ovviamente degli obiettivi di tutela dell'indipendenza. Ma ancora, un'ulteriore previsione derogatoria delle regole di diritto comune attiene alla figura del presidente del consiglio di amministrazione, o del consiglio di sorveglianza quando a questo sia rimessa la funzione di supervisione strategica. Per far sì che egli eserciti correttamente il suo ruolo di ago della bilancia tra i poteri e di garante della dialettica interna con l'organo di gestione, il presidente deve avere un ruolo non esecutivo e non svolgere funzioni gestionali neppure *de facto*.

Al di là delle condivisibili critiche, che pure sono state sollevate rispetto all'opportunità di una disposizione di questo tipo³⁴, essa costituisce un chiaro esempio di come la disciplina bancaria secondaria prenda talvolta le distanze dal diritto comune, quando lo si ritenga necessario vista l'esigenza di gestire situazioni di rischio peculiarmente connesse all'attività gestoria delle banche.

Non manca un filone della dottrina che ha manifestato perplessità rispetto ad una tale pervasività del potere di regolazione della Banca d'Italia³⁵, sulla quale indubbiamente pendono gli stessi dubbi che sono sorti più in generale rispetto alla compatibilità costituzionale dell'attribuzione di potere normativo alle autorità indipendenti³⁶. Tali dubbi sono tradizionalmente legati al fatto che queste autorità mancano di rappresentatività democratica ma sono comunque legittimate ad esercitare dei poteri di stampo politico.

I dibattiti sul tema sono rimasti accesi e a più riprese si ripresentano, nonostante la collocazione degli interventi normativi di queste autorità nel sistema delle fonti sia stata

³⁴ Secondo CERA M., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 pp. 947-956, una regola di questo tipo indebolisce il presidente rispetto agli organi gestori incidendo negativamente sulla sua autorità e rendendolo paradossalmente inidoneo a quel bilanciamento di interessi che è il motore di questa iniziativa regolamentare. Ancora DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2015, pp.525-613, rispetto alle limitazioni imposte al presidente del consiglio di sorveglianza manifesta perplessità circa la forte invasività dell'intervento normativo che non sembra bilanciata da una effettiva giustificazione. Sempre in tema PORTALE G.B., *La "Corporate governance" delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, p. 57 e RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 107 ss. IRRERA M., *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella "governance" delle banche*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 6/2015, pp. 7-17.

³⁵ PORTALE G.B., *op.cit.*

³⁶ TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017, pp. 1-37.

più volte chiarita dal Consiglio di Stato, che ha specificato che questi non possono imporsi su fonti di rango primario e che soprattutto necessitano di un fondamento in una previsione di legge³⁷. Del resto, la stessa riserva di legge prevista dal comma 3 dell'articolo 41 della Costituzione esprime questa necessità³⁸.

Qual è dunque la base giuridica del potere regolamentare della Banca d'Italia? L'articolo 53 comma 1 lettera d TUB che si è analizzato sopra. Nel rimandare a quella sede per una trattazione più approfondita, si ricorda che l'obiettivo cardine della attività regolatoria della Banca d'Italia è garantire la sana e prudente gestione delle imprese bancarie. Questo è quanto disposto anche dall'articolo 5 del TUB nell'individuazione delle finalità dell'attività di vigilanza.

Si è già detto del carattere generico della clausola di sana e prudente gestione, carattere che in questa sede fa sorgere delle preoccupazioni di non poco momento circa una possibile eccessiva discrezionalità dell'Autorità di vigilanza nella sua attività di regolazione. Proprio per dissipare tali fonti di preoccupazione assumono precipuo rilievo limiti legislativi a questa attività. Significativo in questo senso è anche il disposto dell'articolo 6 del Testo Unico dell'intermediazione finanziaria (TUF) che, nel disciplinare i poteri regolamentari di Banca d'Italia e Consob, rende evidente la volontà del legislatore di perimetrare gli stessi entro precisi confini posti a tutela dei destinatari dei provvedimenti delle autorità. La norma mira a contemperare il potere regolamentare con le esigenze di «valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati, proporzionalità, agevolazione dell'innovazione e della concorrenza», tutela della competitività.

Nella stessa direzione va il comma secondo del medesimo articolo, che pone un limite alla pratica del *gold plating*³⁹, ossia del recepimento di direttive europee mantenendo dei livelli di regolazione più rigidi, che prevedono obblighi aggiuntivi rispetto a quelli

³⁷ Tra cui Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 5622/2008.

³⁸ Articolo 41 della Costituzione: «1. L'iniziativa economica privata è libera. 2. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. 3. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali». C'è stato di recente chi ha sostenuto che l'attività normativa della Banca d'Italia non debba sottostare alla riserva di legge prevista dal comma 3 in quanto consistente in interventi che direttamente o indirettamente sono volti a favorire l'iniziativa economica, garantendo ad esempio la competitività e lo sviluppo dell'impresa e del mercato. Non sembra questa essere una lettura condivisibile, dal momento che dalla lettera dell'articolo non si evince alcuna differenziazione tra interventi normativi che favoriscano o meno l'iniziativa economica.

³⁹ ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 65.

previsti a livello europeo. La norma prevede che questi obblighi siano ammissibili in casi eccezionali in cui essi risultano proporzionati e giustificati da esigenze di tutela degli investitori o del mercato. Ma ulteriori limiti alla discrezionalità regolamentare della Banca d'Italia sono previsti dal legislatore, anche con maggiore precisione. Tra questi è annoverabile l'individuazione di specifici tipi societari che possono essere adottati dalle banche e che l'Autorità non può alterare. Questa non può neppure incidere sulle norme dello statuto codicistico, che sono considerate inderogabili.

Certo è che, con la riforma del 2003 e soprattutto con il recepimento di Basilea 2, è stato ridotto il numero delle norme inderogabili e, specialmente in tema di controllo dei rischi, si è data grande importanza alla valutazione dell'autorità di vigilanza a proposito della situazione organizzativa dell'impresa bancaria. Rispetto a questa materia, dunque, la discrezionalità normativa della Banca d'Italia è più ampia. Un esercizio adeguato di tale discrezionalità e orientato al principio di proporzionalità è però garantito da una serie di presidi normativi ulteriori rispetto a quelli già esposti.

La legge 262/2005, relativa ai *Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*, prevede che la Banca d'Italia (così come Consob e IVASS) deve motivare gli atti aventi natura regolamentare o di contenuto generale emanati a regolazione del settore di riferimento. Gli atti devono essere inoltre accompagnati da una relazione di valutazione delle conseguenze del proprio intervento sul mercato e sui risparmiatori. È emersa inoltre una tendenza del legislatore a rafforzare i poteri delle autorità indipendenti coinvolgendo "democraticamente" i soggetti interessati nei procedimenti decisionali di queste autorità. Da qui la prassi ormai sempre più diffusa delle pubbliche consultazioni.

Alla luce delle considerazioni appena effettuate, pare a chi scrive che i presidi, previsti al fine di arginare un utilizzo improprio dei poteri regolamentari delle Autorità di vigilanza, siano idonei al perseguimento di quest'obiettivo, che va temperato con l'altrettanto seria esigenza di garantire, in certi settori, dei livelli di specializzazione normativa molto elevati e anche maggiori di quelli che richiedono l'intervento regolamentare governativo. A tal proposito, non sembra contestabile che il potere regolamentare delle autorità amministrative presenti delle differenze qualitative considerevoli con il potere regolamentare del governo. Le norme emanate dalla Banca d'Italia presentano un alto livello di specializzazione tecnica che si esprime sia a livello di elaborazione che di

interpretazione delle stesse⁴⁰. Si ribadisce che proprio le peculiarità della materia e le esigenze di tutela connesse giustificano, e anzi rendono imprescindibile, un meccanismo di questo tipo.

4. La *soft law*: rilievi sulla carenza di legittimazione democratica e ruolo del Comitato di Basilea

L'origine dell'utilizzo del termine *governance* è in qualche modo connessa alla *soft law*. *Governance* si contrapponeva a *government* e alludeva a delle forme di governo liberate dai vincoli pubblicistici e dal principio di territorialità che la globalizzazione tendeva a sradicare⁴¹. La *governance* nasce dalla crisi dell'autorità statale e in questo senso si connette alla *soft law*, trovando espressione nei codici di autodisciplina o nelle *best practices* consolidate sui mercati. Sebbene oggi il termine ricomprenda necessariamente anche e soprattutto norme imperative, la suggestione rimane. Del resto, nel diritto bancario la *soft law*, più che in altri settori, assume una grande rilevanza, soprattutto in ragione dell'elevato tecnicismo che caratterizza la materia.

Prima di affrontare più nel dettaglio in che modo la *soft law* incide sulla disciplina bancaria è forse utile chiarire a cosa ci si riferisce quando si usa questo termine. L'*Oxford Dictionary of Law Enforcement* definisce la *soft law* come linee guida o condotte che non sono vincolanti, ma che comunque non possono essere considerate delle mere dichiarazioni di intento politico; sono qualcosa di più.

Ad aggiungere un tassello è la definizione del Black's Law Dictionary, che parla di regole che non sono vincolanti ma che al contempo non sono «*completely lacking in legal significance*». Cosa vuol dire che non mancano di significato legale? Vuol dire che una volta emesse, per quanto non vincolanti, ci si aspetta che vengano recepite. E cosa dovrebbe indurre al recepimento? Il disvalore reputazionale che deriverebbe dall'ignorarle. Ma di questo si parlerà più avanti.

Continuando nella disamina delle fonti sulla nozione di *soft law*, interessante è il disposto dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, che si discosta dalla tradizionale distinzione tra *soft law* e *hard law* basata sulla vincolatività, per concentrarsi invece sul processo di adozione. E così per la *hard law* si individua un procedimento

⁴⁰ TITOMANLIO R., *op.cit.*

⁴¹ STELLA RICHTER M. jr, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018, p. 323.

lungo ed articolato, che prevede il coinvolgimento di corpi politici e che riguarda soprattutto settori in cui emergono forti interessi sociali; per la *soft law* si fa riferimento, al contrario, ad un procedimento snello e rapido, sottratto all'influenza politica e affidato ad esperti dalle elevate competenze tecniche. La *soft law* evidentemente si presta di più alla disciplina di settori di rilevante complessità tecnica, data la sua flessibilità e il suo carattere pragmatico (spesso è recettiva di *best practices* già consolidate sul mercato e sottoposte al vaglio dello stesso).

A questi vantaggi fanno però da contraltare una serie di problematiche, tra cui la carenza di legittimazione democratica è la più propugnata dai detrattori di questa fonte del diritto⁴². Evidentemente standard tecnici, che provengono da Comitati specializzati i cui membri non sono eletti democraticamente, sono meno digeribili di norme che provengono da organi parlamentari nazionali o sovranazionali. Queste problematiche sono state rilevate soprattutto rispetto agli standard tecnici emanati dal Comitato di Basilea, organo che in questa sede è di particolare interesse, poiché ha un ruolo preminente nella disciplina dei controlli interni.

Il Comitato di Basilea, si ricorda brevemente, è stato istituito nel 1974, quando il fallimento della banca tedesca Herstatt⁴³, e le conseguenze che esso ebbe sul sistema internazionale dei pagamenti, fecero emergere la necessità di introdurre degli standard di vigilanza internazionali volti a prevenire crisi sistemiche. Il Comitato è composto dai rappresentanti delle banche centrali e delle autorità di vigilanza di molti Stati dello scacchiere mondiale, tra cui Stati Uniti, Regno Unito, Giappone e diverse economie emergenti. La composizione del Comitato lo rende lontano da influssi politici, per cui esso emana standard tecnici e linee guida non vincolanti, ma che vengono recepiti a livello nazionale in ragione della fiducia che la loro adozione genera sul mercato e tra gli investitori. L'attività del Comitato ha contribuito in maniera massiccia a creare un complesso di regole omogeneo e sistematico tra le economie più avanzate del globo, nonostante fosse riconducibile a quella solo formalmente residuale fonte del diritto che è la *soft law*. La forte incisività in termini reputazionali del recepimento degli standard di Basilea consente, in un certo senso, anche di superare la critica sull'assenza di legittimazione democratica di cui si diceva sopra. Infatti, il più delle volte questi standard

⁴² DEVOS D., EUI, 6 marzo 2008.

⁴³ BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 139 e 140.

sono recepiti a livello nazionale trasponendoli nell'ordinamento domestico ad opera dello stesso legislatore. A livello eurounitario il più delle volte gli standard sono recepiti mediante direttive. Anche la recente prassi della *public consultation* sembra andare proprio nella direzione di un superamento della stessa obiezione.

Orbene, la precedente premessa è sembrata doverosa perché proprio nella *soft law*, ed in particolare negli interventi del Comitato di Basilea, si trova una parte importante delle fondamenta della disciplina del sistema dei controlli interni nelle banche. In questo senso, un primo intervento interessante del Comitato risale ormai al 1998. Si tratta dello *Schema per la valutazione dei sistemi di controllo interno nelle organizzazioni bancarie*. Nell'introduzione dell'atto il Comitato chiarisce le ragioni che hanno indotto all'elaborazione di linee guida volte a fornire alle autorità di vigilanza dei criteri di valutazione dei sistemi di controllo interno predisposti dalle banche: «Un sistema di efficaci controlli interni costituisce un elemento essenziale della gestione bancaria e uno dei fondamenti su cui si basa una conduzione sana e prudente delle organizzazioni bancarie⁴⁴». Da qui l'attenzione al fatto che i controlli interni siano rigorosi e che le autorità di vigilanza supervisionino l'adeguatezza degli stessi. Alla premessa del documento segue un'elencazione di tredici principi, per la valutazione dei sistemi di controllo interno, che dovrebbero ispirare le autorità nazionali nella propria attività di regolazione. Così è stato fatto dalla Banca d'Italia, nella cui Circolare 285/2013, sono rinvenibili previsioni modellate su tali principi.

Tra questi, la responsabilità del consiglio di amministrazione nella predisposizione e nella supervisione degli assetti organizzativi, nonché nella diffusione di standard etici e di integrità al fine di creare una cultura aziendale dei controlli interni (Principi 1 e 3); l'integrazione delle attività di controllo nell'operatività quotidiana della banca (Principio 5) e la separazione tra le funzioni di controllo (Principio 6); la necessità di adeguati flussi informativi (Principio 8); le azioni correttive delle autorità di vigilanza che ravvisino l'inadeguatezza del sistema dei controlli interni di un ente creditizio (Principio 13). Ciascuno di questi principi sarà debitamente analizzato valutandolo, nelle pagine che seguono, nelle sue diverse modalità applicative. Si vedrà come essi orientano l'operato

⁴⁴ Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, Basilea settembre 1998, *Schema per i sistemi di controllo interno nelle organizzazioni bancarie, Introduzione*.

degli intermediari e delle autorità di vigilanza a distanza di quasi trent'anni, essendo divenuti i pilastri del diritto bancario.

Interessante nel documento in analisi è anche la sezione dedicata ad alcune considerazioni generali relative alle principali carenze dei controlli interni riscontrate dal Comitato. Non senza stupore si rileva che alcune di queste, nonostante il tempo trascorso, sono problematiche ancora attuali. La mancanza di una solida cultura dei controlli interni, ad esempio, che è un tema su cui ancora si dibatte⁴⁵, non solo nel campo del diritto bancario. L'inadeguata individuazione del rischio insito in certe operazioni bancarie⁴⁶, problema classico, più che antico, se classico è, per dirla con Calvino, ciò «che non ha mai finito di dire quello che ha da dire». Ed infatti questa problematica è di recente riemersa con riguardo all'inadeguatezza delle valutazioni relative ai rischi di sostenibilità⁴⁷. E che dire della carenza dei flussi informativi tra i vari livelli di controllo e dei problemi connessi all'utilizzo dei sistemi informatici che dovrebbero garantirli? Insomma, uno sguardo al passato non è mai una scelta improduttiva. *Venturi aevi non immemor.*

Gli interventi più rilevanti del Comitato nel settore di nostro interesse si sono avuti però con una sequenza di accordi che determinavano degli standard prudenziali di crescente incisività. Si tratta di deliberazioni note come Basilea I, Basilea II e Basilea III. Basilea I fu emanato nel 1988 e per la prima volta forniva una definizione universalmente ammessa di capitale minimo bancario. Si prevedeva che ad ogni apertura di una linea di credito venisse accantonata una somma proporzionale al livello di rischio del credito concesso. Alle carenze di Basilea I si rispose con l'emanazione di Basilea II nel 2004⁴⁸. L'accordo, che si articolava su tre pilastri, introdusse il concetto di rischio operativo connesso all'inadeguatezza delle procedure interne alla banca. In particolare, il secondo pilastro, dedicato ai controlli prudenziali, attribuiva maggiori poteri alle autorità di vigilanza chiamate a valutare l'adeguatezza dei livelli di capitalizzazione e l'idoneità delle

⁴⁵ Tra gli altri, lavori attenti al tema sono SCHWIZER P., *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 7-18 e CERA M., in *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 pp. 947-956.

⁴⁶ Vd. *sub* Parte seconda, Capitolo I, §1 a proposito dei casi Silicon Valley Bank e Credit Suisse.

⁴⁷ LENER R., LUCANTONI P., *Sostenibilità "ESG" e attività bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2023, 1, pp. 6-21. CALDERAZZI R., *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, n.1, 4s/2022, pp. 168-192.

⁴⁸ Sul tema si veda BOCCUZZI G., *La funzione di compliance: il presidio dei rischi aziendali e l'evoluzione della normativa Basilea 2 e Mifid*, in *Bancaria*, 2/2008. BOCCUZZI G., *Nuove forme di regolazione della stabilità bancaria: la funzione di compliance quale "nuova frontiera" della supervisione di settore*, in *Mondo Bancario*, 3/2006.

dinamiche gestionali predisposte dalle banche. In questo contesto il Comitato ha previsto l'introduzione di funzioni di controllo di secondo livello (di cui si dirà nei capitoli che seguono) con una competenza diversa a seconda dei tipi di rischio. A recepire queste previsioni sono state la MIFID ed un regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob, che hanno dedicato ampio spazio all'articolazione del sistema dei controlli interni⁴⁹.

L'idoneità dei requisiti patrimoniali e organizzativi della banca rispetto ai rischi assunti è, come si accennava, oggetto di una valutazione dell'autorità di vigilanza secondo un sistema introdotto da Basilea II e migliorato da Basilea III⁵⁰: il *Supervisory review and evaluation process* (SREP). Lo SREP sintetizza la condizione di una banca quanto a requisiti patrimoniali e, come ha specificato la BCE nel 2016, la situazione della *governance* e della gestione del rischio. Se la connessione con il sistema dei controlli interni, nonostante quanto appena specificato, fosse ancora nebulosa, un dato può essere chiarificatore. Dallo SREP condotto nel 2022 è emerso che a ridurre i punteggi attribuiti alle banche sono soprattutto carenze legate alle funzioni di gestione dei rischi, conformità e revisione interna⁵¹.

Basilea III ha poi provveduto a rafforzare le regole riguardanti il capitale e la liquidità ed ha avuto un'incidenza considerevole sulle procedure interne utilizzate per stimare i rischi dell'attività della banca.

Nel 2017 si è avuto un ulteriore inasprimento di queste regole con una modifica a Basilea III che è stata definita da alcuni Basilea IV⁵², sebbene il Comitato non si sia in questo senso espresso, probabilmente perché non si tratta di un intervento sistematico equiparabile a quelli precedenti.

⁴⁹ Sul tema l'intervento di TARANTOLA A.M., *Il sistema dei controlli interni della governance delle banche* al *Convegno Dexia Crediop* del 6 giugno 2008.

⁵⁰ CREMONA B.M., *L'adozione del sistema monistico nel contesto bancario italiano: riflessioni statutarie e primo bilancio*, in *Rivista di diritto societario*, 2/2020, p.526. LUBERTI M., *Secondo e terzo pilastro dell'accordo Basilea: un'opportunità di cambiamento per il sistema di vigilanza bancaria in Italia*, in *Banca impresa società*, 2/2007, pp. 259-282.

⁵¹ Interessante e ricca di spunti in tal senso è l'intervista, introduttiva al rapporto annuale della BCE sulle attività di vigilanza del 2022, ad Andrea Enria, Presidente del Consiglio di vigilanza, reperibile sul sito istituzionale della BCE.

⁵² Tra cui *Basel IV impact on the Italian market*, documento di Deloitte dell'ottobre 2020 all'indirizzo <https://www2.deloitte.com/it/it/pages/risk/articles/basel-iv-impact-italian-market---deloitte-italy---risk.html>.

VIVOLI A., *Il rischio operativo nel nuovo framework di Basilea IV*, <https://www.riskcompliance.it/news/il-rischio-operativo-nel-nuovo-framework-di-basilea-iv/>.

Sul motivo per cui il Comitato di Basilea non ha mai parlato di Basilea IV si veda invece RESTI A., *Quanto è difficile "completare" le riforme di Basilea*, in *Banche e finanza, Moneta e inflazione*, 17/02/2023, reperibile al sito <https://lavoce.info/archives/99987/quanto-e-difficile-completare-le-riforme-di-basilea/>.

5. Il sistema dei controlli interni nella Circolare 285/2013 di Banca d'Italia

Come si è detto in apertura del presente capitolo, il diritto bancario è fortemente armonizzato a livello eurounitario. Esigenze di tutela della moneta unica e di stabilità del mercato comune hanno imposto la creazione di un complesso unico di norme caratterizzate da significativo rigore tecnico e omogeneità della disciplina prudenziale (*single rulebook*).

Proprio le novità regolamentari intervenute a livello internazionale e dell'Unione Europea hanno reso necessario un intervento sistematico di adattamento dell'ordinamento nazionale, che è stato realizzato dalla Circolare 285 emanata nel 2013 dalla Banca d'Italia e sottoposta a periodiche modifiche di adeguamento anche molto recenti⁵³. La Circolare è finalizzata a garantire organicità ad una materia che, come si è visto nelle pagine precedenti, si caratterizza per un pluralismo di fonti del diritto collocate a livelli diversi della gerarchia normativa, in modo da facilitare gli organi aziendali, le strutture operative e quelle di controllo interno delle imprese bancarie, nell'interpretazione e applicazione di queste norme. Un'applicazione idonea delle stesse è infatti fondamentale al fine di garantire una gestione sana e prudente, nonché l'efficace funzionamento del Meccanismo di Vigilanza Unico.

Per quanto riguarda il recepimento della regolamentazione internazionale, la Circolare dà attuazione agli atti normativi comunitari, che hanno trasposto le riforme di Basilea III, tesi a migliorare la gestione del rischio e la *governance*, nonché a potenziare la capacità delle banche di assorbire *shock* di tipo finanziario ed economico. Il Comitato ha mantenuto la strutturazione dell'accordo su tre pilastri di Basilea II. In particolare:

- Il Primo Pilastro rafforza i requisiti patrimoniali prevedendo delle riserve addizionali in funzione di conservazione del capitale e in funzione anticiclica. Prevede altresì una nozione qualitativamente più elevata di capitale. Sono introdotti nuovi requisiti di liquidità;

⁵³ Sul tema BASILE R., D'ANTONA G., *Il sistema dei controlli interni nelle banche: nuove prospettive alla luce del 15° aggiornamento della circolare 263 emanato da Banca d'Italia*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2/2014, pp. 313-324. Si veda anche SCOTTI CAMUZZI S., *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 2/2014, pp. 147-180. MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023 pp. 71 ss.

- Il Secondo Pilastro richiede alle banche di adottare delle procedure di controllo dell'adeguatezza patrimoniale, ma soprattutto attribuisce grande importanza «agli assetti di governo societario e **al sistema dei controlli interni degli intermediari come fattore determinante per la stabilità delle singole istituzioni e del sistema finanziario nel suo insieme**⁵⁴». Si dà particolare peso ai requisiti di indipendenza dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo e alla diffusione della cultura del rischio a tutti i livelli aziendali.
- Il Terzo Pilastro è relativo agli obblighi di informativa al pubblico inerenti all'esposizione ai rischi e ai sistemi di gestione e controllo adottati, nel rispetto di obblighi di trasparenza nei confronti del mercato.

La Circolare si articola a sua volta in quattro parti. La prima di queste è incentrata sul recepimento della CRD IV. Essa consta di quattro Titoli dedicati all'accesso al mercato e alla struttura, alle misure prudenziali, al processo di controllo prudenziale e l'ultimo, di maggiore interesse in questa sede, al governo societario e ai sistemi di remunerazione e incentivazione. Il Capitolo 3 del Titolo IV è specificamente dedicato al Sistema dei controlli interni, che assume un peso importante dato che ad esso è dedicato circa 1/3 della Circolare.

L'obiettivo principale⁵⁵ dell'Intervento regolamentare della Banca d'Italia è stato il tentativo di dare una visione sistematica dei controlli interni nelle banche, cercando di superare limiti e perplessità generati dalla normativa previgente. La Circolare articola il sistema dei controlli per funzioni e non per organi, in modo da garantire neutralità rispetto ai tre sistemi di *corporate governance* che l'impresa bancaria può assumere. In particolare, appare evidente lo sforzo di fornire un quadro delle competenze di ciascuna funzione aziendale che sia esente da sovrapposizioni e incertezze di sorta sulle responsabilità dell'organo assegnatario di ciascuna funzione. Si prevede a tal fine una elencazione molto dettagliata delle competenze attribuibili all'organo con funzione di gestione e all'organo con funzione di supervisione strategica, tenendone distinti i piani

⁵⁴ Circolare 285/2013, Premessa. 1.

⁵⁵ Si vedano a riguardo le Premesse alla Circolare 285, in particolare Premessa.2: «Le novità intervenute nel contesto regolamentare internazionale e dell'Unione europea rendono necessaria un'azione complessiva e sistematica di adeguamento dell'ordinamento nazionale. A tale esigenza risponde questa Circolare, [...]». In questo senso anche RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, p. 447 sullo sforzo di chiarificazione della Circolare.

operativi mediante un meccanismo di individuazione delle rispettive attribuzioni che deroga, in maniera talvolta anche significativa, al diritto comune.

A discostarsi dall'approccio codicistico è anche la visione che del collegio sindacale dà la Circolare. Come si esporrà nelle sedi opportune, esso viene reso sotto certi aspetti più simile agli organi di controllo degli altri due modelli di *corporate governance*, in un processo di omogeneizzazione di questi sistemi auspicata a livello comunitario ed internazionale ma non necessariamente auspicabile in un'ottica sistematica.

Ancora, la previsione di vincoli numerici alla composizione dell'organo amministrativo, o la costituzione obbligatoria di comitati endo-consiliari specializzati, costituiscono dei vincoli all'autonomia privata che sono ignoti alla disciplina codicistica e derogatori della stessa a livello di normativa secondaria⁵⁶. Tutte limitazioni che però trovano la propria *ratio essendi* nell'esigenza di garantire la sana e prudente gestione degli enti creditizi.

Certo, come si vedrà, la Circolare spesso perplime il lettore e non di rado genera dubbi interpretativi di non poco momento. Tuttavia, non si può negare che essa costituisce un intervento importante di riordino della materia in un contesto di confusa ipertrofia normativa, e che fornisce quindi un valido strumento di orientamento nell'intricato labirinto degli argomenti che si stanno trattando. Ragion per cui, più volte nel corso della trattazione vi si farà riferimento.

⁵⁶ Sul tema si rimanda diffusamente al Capitolo I Parte seconda del presente lavoro.

PARTE SECONDA

CAPITOLO I

I CONTROLLI SOCIETARI E LE FUNZIONI AZIENDALI DI CONTROLLO

Sommario: 1. Le principali cause delle recenti crisi bancarie: gli *endogenous shocks* - 2. Gli articoli 2086 e 2381 c.c. e l'istituzionalizzazione del sistema dei controlli interni: tra diritto comune e legislazione di settore - 3. Le tre strutture di *corporate governance* - 3.1. L'organo con funzione di supervisione strategica - 3.2. L'organo con funzione di gestione - 3.3. Coordinamento tra organo con funzione di gestione e organo con funzione di supervisione strategica: la disciplina delle deleghe – 3.3.1. Quali le conseguenze sulla responsabilità? – 4. L'organo di controllo nelle tre strutture di *corporate governance* – 4.1. Sistema tradizionale: Il collegio sindacale – 4.2. Sistema monistico: Il comitato per il controllo sulla gestione – 4.3. Sistema dualistico: Il consiglio di sorveglianza – 5. Le funzioni aziendali di controllo – 5.1. I controlli operativi – 5.2. *Risk management e compliance* – 5.3. *Internal audit* – 6. Rapporti tra collegio sindacale e controlli aziendali: c'è ridondanza delle funzioni di controllo?

1. Le principali cause delle recenti crisi bancarie: gli *endogenous shocks*

Il carattere fortemente internazionale della normativa bancaria e i rischi sistemici che, come si è detto, sono tipici del settore, rendono ancor più necessario il già di solito utile approccio comparatistico allo studio del diritto. Lo sguardo al panorama internazionale e alle vicende dei mercati consente di migliorare gli istituti giuridici e prevenire esperienze critiche.

Due fatti interessanti in questo senso e recentemente verificatisi sono i fallimenti dell'americana Silicon Valley Bank (SVB) e della banca svizzera Credit Suisse. Si tratta di intermediari operanti in contesti economici e giuridici differenti dal nostro, soprattutto in termini di rigidità della disciplina dei controlli; ma paiono comunque utili al fine di

evidenziare come la quasi totalità delle crisi bancarie sia determinata da fattori interni allo stesso sistema finanziario.

Nonostante fisiologicamente i fallimenti bancari generino timori di contagio, è parso quasi da subito abbastanza chiaro che non ci si trovasse di fronte a delle nuove Lehman Brothers¹. Un dato però è parso incontrovertibile: le preoccupazioni connesse alla stabilità dei mercati finanziari e alla solidità del sistema bancario devono trovare il proprio *humus* genetico principalmente nei cd. *endogenous shocks*. I rischi endogeni possono essere generati da diversi fattori, tra questi vi sono anche carenze nelle funzioni di *risk management* e in generale nel sistema dei controlli interni². Del resto, il fatto che, al momento del fallimento, Credit Suisse rispettasse i requisiti patrimoniali e di liquidità, rende evidente che i problemi che hanno portato al *default* della banca fossero altrove. Ed

¹ SVB non aveva un'esposizione importante ai mercati derivati, non era ricorsa a una pesante leva finanziaria, né presentava quelle interconnessioni nel sistema finanziario necessarie a dare alla banca un rilievo sistemico. Le cause della crisi della banca sono molteplici e non è questa la sede per una disamina approfondita. Tuttavia, è opportuno valutare talune di queste perché connesse al tema di nostro interesse. Ed infatti, un ruolo determinante nel fallimento di SVB ha avuto l'inadeguatezza dell'operato della funzione di *risk management*. Nel rimandare alla disamina dei controlli aziendali per una panoramica più precisa su questa funzione, qui ci si limiterà a rilevarne talune carenze. In primo luogo, la funzione di *risk management* della SVB sembra avere totalmente ignorato il rischio di tasso. Quando, a seguito della pandemia da Covid-19, la banca ha conosciuto un rapido e corposo aumento dei depositi (tra il 2020 e il 2022), questi ultimi non sono stati impiegati per l'erogazione di prestiti ma per lo più investiti in MBS (*Mortgage-Backed Securities*) a 10 anni. Si è stimato che la banca abbia investito una parte consistente delle proprie risorse in un ampio ventaglio di obbligazioni. Questi investimenti non sono stati accompagnati però da quella attività di valutazione del rischio tasso che deve essere sempre eseguita dalla funzione di *risk management* quando si detiene un portafoglio obbligazionario, al fine di stimare e mitigare i rischi che derivano da un aumento dei tassi con conseguente diminuzione del valore dei titoli. Questa attività si svolge di regola attraverso i cd IRS (*interest rate swap*), contratti che consentono di scambiare flussi a tasso fisso con flussi a tasso variabile. Per cui, quando la *Federal Reserve* ha aumentato i tassi di interesse, la banca ha subito delle ingenti perdite. Inoltre, circa il 90% dei depositi non era assicurato. Per non parlare della composizione del Comitato Rischi, i cui membri erano soggetti totalmente privi delle opportune competenze. Insomma, è evidente come la funzione di gestione del rischio nella SVB fosse totalmente inadeguata e di certo questo è uno dei fattori, se non il principale, che hanno determinato il suo *default*. Si veda, per una trattazione più approfondita NGUYEN X: *Silicon Valley Bank: The Rise and Fall of a Community Bank for Tech*, 1st ed., Cambridge University Press, 2024.

Per un'analisi comparata in tema di vigilanza bancaria si rimanda a ARRIGONI M., RESTELLI E.R., *Il caso Silicon Valley Bank e la proporzionalità nella disciplina europea delle banche*, in *Le società*, 6/2023, pp. 723-732.

² Interessante sul punto è l'intervento di Andrea Enria, ex Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, nella conferenza stampa sui risultati dello SREP 2023 e sulle priorità di vigilanza per gli anni 2024-2026. Enria sottolinea la solidità delle banche europee in termini di liquidità e capitale, specificando che persistono invece delle problematiche attinenti alla qualità della *governance* e delle modalità di gestione del rischio: «In termini di metriche quantitative, quali coefficienti patrimoniali e posizioni di liquidità, nonché di miglioramento della redditività e dell'efficienza nei costi, le banche sono solide. Tuttavia, le valutazioni qualitative nelle aree della gestione dei rischi e della *governance* hanno continuato a essere connotate da debolezze». L'intervento è reperibile sul sito istituzionale della BCE.

in effetti le reali carenze di Credit Suisse riguardavano la *governance*³ e la funzione di *compliance*. Analogamente, le cause del fallimento della SVB sono rinvenibili principalmente nell'inidoneità delle analisi di rischio effettuate dalla funzione di *risk management*, la quale, secondo molti esperti, ha commesso degli errori valutativi anche piuttosto grossolani.

La questione della centralità dei rischi interni ha ormai preso piede in dottrina e da più parti si sostiene la necessità di intervenire sul sistema dei controlli interni per evitare il ripetersi di situazioni analoghe. In un recente convegno⁴ tenuto in Banca d'Italia per il decimo anniversario del Meccanismo di Vigilanza Unico, un intervento particolarmente apprezzato dall'uditorio è stato quello del professor Luís Silva Morais della *Lisbon Law School*, il quale si è anche concentrato sul tema degli *endogenous shocks*, facendone notare la maggiore incisività sul sistema bancario attuale rispetto a fattori esterni di particolare gravità come l'epidemia da Covid-19 e la guerra in Ucraina. Questi eventi hanno avuto inevitabilmente delle ripercussioni sull'attività delle banche, che si sono trovate a fronteggiare l'aumento dei tassi di interesse per il controllo dell'inflazione e a dover gestire rischi di liquidità importanti, a cui pure hanno risposto bene. Evidentemente non è sui requisiti di liquidità che si deve intervenire, almeno in Europa.

Da qui la necessità di concentrare la propria attenzione sui meccanismi di controllo interno sia nel contesto microeconomico del singolo ente creditizio, che a livello legislativo e sistemico, al fine di rilevare e correggere eventuali punti di debolezza.

2. Gli articoli 2086 e 2381 c.c. e l'istituzionalizzazione del sistema dei controlli interni: tra diritto comune e legislazione di settore

Come si è visto nel capitolo dedicato al sistema delle fonti, la disciplina dei controlli interni è rinvenibile nella legislazione di settore, mentre non vi è alcun riferimento ai controlli interni nel diritto comune; la sola eccezione è costituita dall'articolo 2409

³ PEZZULLI B., *La caduta dei Titani (bancari): storia idiosincratica o rischio sistemico?*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2023, ricorda che la banca è stata coinvolta in una serie di vicende connesse alla commissione di reati quali il riciclaggio, concussione, corruzione, frode, per cui ha subito notevoli sanzioni a livello internazionale. Nel 2020 è stata accusata per il pagamento di tangenti a funzionari governativi e per aver compiuto atti di corruzione in diversi paesi, tra cui Cina, Russia e Libia.

⁴ 20 ottobre 2023 *Banca d'Italia-SSM Regulation, ten years since*.

octiesdecies del Codice civile in cui, riguardo al modello di *governance* monistico, compare per la prima volta l'espressione *sistema di controllo interno*.

Tuttavia, il sistema dei controlli interni riesce ad entrare nel diritto comune attraverso il grimaldello d'accesso fornitogli dagli articoli 2086 e 2381 c.c.⁵. Andiamo con ordine. L'articolo 2086 c.c. al secondo comma dispone che «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva delle crisi di impresa [...]». Non sembra possa dubitarsi⁶ del fatto che il sistema dei controlli interni è parte dell'assetto organizzativo e rientri, pertanto, nel disposto della norma in esame. Del resto, la disciplina di settore attribuisce proprio all'organo amministrativo la competenza a predisporre il sistema dei controlli interni in maniera adeguata alle peculiarità dell'impresa. Tali peculiarità consistono, alla luce di quanto previsto dal Codice civile, nella natura e nelle dimensioni dell'impresa. Pertanto, la valutazione dell'opportunità di procedere alla predisposizione di un sistema di controlli interni e delle modalità di implementazione dello stesso è rimessa alla discrezionalità degli organi amministrativi, almeno di regola. Non così avviene nell'ambito della normativa bancaria, in cui il legislatore speciale si sostituisce agli amministratori nell'esercizio di questa discrezionalità e impone la predisposizione di un sistema di controlli interni, il quale trova la propria *ratio essendi* nella natura bancaria dell'attività di impresa esercitata dagli enti creditizi. Se la natura dell'impresa è un criterio su cui il legislatore speciale appone un vincolo, nemmeno il fattore dimensionale lascia agli amministratori ampio margine di discrezionalità, dal momento che per le banche di maggiori dimensioni la normativa prevede delle regole stringenti, che si andranno via via analizzando nel corso della trattazione. La limitazione della discrezionalità degli amministratori si accompagna ad un ampliamento significativo della discrezionalità dell'autorità di vigilanza nell'esercizio delle sue funzioni. Il concetto piuttosto generico

⁵ Così MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023, pp. 22 ss, §3.

⁶ *Ex multis* MINTO A., *Op.cit.*, pp. 10-22. A p. 17 l'autore specifica che «L'inquadramento dei controlli interni nell'ambito delle strutture organizzative così come disciplinate dal codice civile li connota come fattispecie: essi sono infatti una componente degli assetti in virtù di un rapporto di *species a genus*». Nello stesso senso BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2006, p. 19 e FERRO-LUZZI P., *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2007, p. 250.

di adeguatezza, infatti, consente alle autorità di esercitare la propria attività di supervisione senza dei vincoli molto rigidi, se non quelli delineati dallo stesso legislatore, come si è visto ad esempio per l'articolo 5 TUB o per l'articolo 6 TUF. Date queste premesse, sorge spontaneo chiedersi che impatto abbia sulla *business judgement rule*⁷ una riduzione così importante della discrezionalità degli amministratori. Se è vero che la *ratio* della regola è quella di impedire che l'autorità giudiziaria possa avere voce su questioni rimesse alla discrezionalità degli amministratori, va da sé che la *business judgement rule* debba trovare applicazione tutte le volte in cui sussista una certa discrezionalità decisoria. Ora, almeno di regola la valutazione di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa richiede evidentemente una ponderazione discrezionale. È lo stesso concetto di adeguatezza, dalla portata molto generica, a renderlo necessario. Certo, non si può negare che, nel settore bancario, la presenza massiccia del regolatore nella determinazione delle modalità organizzative limita molto la discrezionalità amministrativa. Questo comporta un ridimensionamento della portata della *business judgement rule*, di cui però comunque sarebbe scorretto sostenere la

⁷ La *Business judgement rule* è una regola di derivazione statunitense, in particolare elaborata dalla giurisprudenza del Delaware, che si applica al momento dell'accertamento della responsabilità civile degli amministratori per gli atti compiuti dagli stessi nella gestione dell'impresa. Questa regola preclude al giudice la possibilità di sindacare il merito delle decisioni degli amministratori (quindi ad esempio la convenienza economica di una certa operazione o l'opportunità della stessa), limitando il suo esame al procedimento decisionale seguito, all'*iter* valutativo che ha condotto ad un certo esito deliberativo. Pertanto, purché la decisione in sé sia ragionevole e rispettosa dei limiti di legge, essa non è sindacabile. Vd. in argomento BARTALENA A., *Assetti organizzativi e business judgement rule*, in *Le Società*, 12/2020, 1346-1353. L'applicazione di questa regola è oggetto di vivo dibattito quando essa è relativa a scelte gestorie di tipo organizzativo. La giurisprudenza statunitense sul punto è stata concorde nel prevederne l'applicazione, ritenendo possibile imputare agli amministratori responsabilità soltanto in caso di mala fede. In Italia la questione è stata a lungo meno pacifica, soprattutto perché si sono affermati e consolidati due filoni dottrinali attestati su posizioni diametralmente opposte. La giurisprudenza è di recente intervenuta ponendosi sulla scia di coloro che sostengono l'applicabilità della *business judgement rule* anche alle decisioni di tipo organizzativo. In questo senso si è pronunciato **il Tribunale di Roma, con ordinanza dell'8 aprile 2020, che ha ritenuto che la funzione organizzativa rientra nel momento gestorio dell'impresa, in particolare nel novero delle decisioni di carattere strategico e pertanto è coperta dall'insindacabilità**. La Corte ha sostenuto che, non avendo l'obbligo organizzativo un contenuto preciso e granitico, è possibile adempiervi nelle forme più disparate. Negli stessi termini anche Cass., n. 2172/2023. Combinando la giurisprudenza che negli anni si è avvicinata sulla questione, è possibile concludere che le condizioni di operatività della *Business judgement rule* sono sinteticamente le seguenti: gli amministratori devono agire in modo informato e diligente, la decisione deve essere ragionevole, legittima e assunta in assenza di conflitti di interesse, dovendo gli amministratori agire conformemente al dovere di lealtà. Questi criteri assumono un rilievo ancora maggiore a seguito della riforma del diritto della crisi di impresa, in cui sono centrali sistemi di allerta interni finalizzati a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e la perdita della continuità aziendale. Particolarmente chiaro, sul tema, è il saggio di DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgement rule*, in *Diritto della crisi*, 16 aprile 2021.

disapplicazione. Ed infatti, permane⁸ in capo agli amministratori la discrezionalità richiesta nell'applicazione concreta delle prescrizioni normative. A riprova di quanto appena affermato è anche il principio di proporzionalità⁹, che deve essere osservato nell'applicazione delle disposizioni di Banca d'Italia e che di per sé stesso richiede delle valutazioni di non poco rilievo. Oltretutto, una significativa discrezionalità dell'organo amministrativo si esplica nella determinazione degli obiettivi di rischio fissati nel RAF¹⁰. Dunque, assodata l'applicabilità della regola di insindacabilità alle decisioni organizzative delle società non bancarie, con eguale convinzione si può ritenere che essa si estenda a quelle bancarie, non rilevandosi in definitiva nessuna ragionevole argomentazione a sostegno di una deroga¹¹.

Analizzati i risvolti che il contenuto dell'articolo 2086 c.c. ha sulla disciplina del sistema dei controlli interni, è opportuno passare all'analisi della seconda delle norme sopracitate: l'articolo 2381 c.c. Questo è di particolare interesse, in questa sede, per quanto riguarda il disposto dei commi 5 e 6.

Al comma 5 l'articolo 2381 dispone che «Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la

⁸ Così CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 35

⁹ Sul requisito di proporzionalità e sui diversi connotati che esso può assumere (e analogamente su quello di adeguatezza) si veda MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MIFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, DE MARI M. (a cura di), Padova, CEDAM, 2009, pp. 31-46. Ma anche ARRIGONI M., RESTELLI E.R., *Il caso Silicon Valley Bank e la proporzionalità nella disciplina europea delle banche*, in *Le società*, 6/2023, pp. 723-732.

¹⁰ Si veda CALANDRA BUONAURA V., *op.cit.*, *ibidem*. AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e "Business Judgement Rule"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5/2016, 1, pp.643-670. Si veda anche BENEDETTI L., *L'applicabilità della "business judgement rule" alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 2-3/2019, pp. 413-452. In senso opposto CICCHINELLI S., *Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale, Rivista semestrale* 1/2017, pp. 116 ss. Ancora, interessante BUONOCORE V., *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art 6 del d.lgs. 231/2001*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2009, n.2, pp. 178-183.

¹¹ Come fa notare MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statuari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca impresa società*, 1/2017, pp. 72 e 73, il principio della sana e prudente gestione non può escludere l'applicabilità della *business judgement rule* se letto «in chiave prevalentemente tecnica». L'autore sottolinea che anche molteplici pronunce giurisprudenziali rendono evidente l'assenza di effetti derogatori rispetto al sistema di diritto comune che risulta dal *corpus* codicistico (si vedano le note 165, 166 e 167 a p. 73 dello scritto di Mirone). Tra l'altro, lo stesso panorama comparatistico suggerisce questa direzione. Negli USA, infatti, l'applicazione della *business judgement rule* al diritto bancario è pacifica (nota 163 *ibidem*).

periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate». Sulla disciplina delle deleghe amministrative si tornerà più avanti, in questa sede, a scopo introduttivo, è solo necessario segnalare una differenza letterale di non poco momento tra l'articolo 2086 e il 2381. Mentre infatti il primo parla di *istituire* assetti adeguati, l'articolo 2381 utilizza il verbo *curare*, sottolineando una differenza importante che si riverbera, come si vedrà, sulle diverse attribuzioni dell'organo con funzione di supervisione strategica e di quello con funzione di gestione. All'organo delegato è rimessa la competenza a implementare i sistemi di controllo interno secondo le indicazioni dei non esecutivi, a cui deve poi riferire sulle modalità esecutive e sui risultati realizzati mediante quel costante ed efficiente flusso di informazioni che si è già detto essere una componente imprescindibile per edificare una solida struttura di controllo. L'elemento informativo si ripresenta, sebbene in veste differente, anche al comma 6 dell'articolo 2381. In questo secondo contesto esso si connota come dovere che imbeve l'agire degli amministratori. Ed è proprio rispetto a questa seconda accezione che un sistema dei controlli interni ben costruito e saldo può dimostrare tutta la propria utilità. Infatti, l'agire informati è un concetto che non attiene tanto alla decisione finale assunta dagli amministratori sulla base di certe informazioni, quanto piuttosto al processo decisionale che ha condotto ad una determinata decisione. La raccolta di informazioni necessarie a decidere in maniera consapevole, e la valutazione di queste informazioni, sono una fase prodromica alla decisione vera e propria e soprattutto sono suscettibili di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria. Se infatti il merito di una decisione amministrativa è coperto dalla *business judgement rule*, non così l'iter decisionario, che è proprio l'oggetto principale di valutazione della responsabilità degli amministratori. Per cui, un sistema dei controlli interni vigoroso, che trasmette all'organo amministrativo le informazioni relative ai rischi connessi all'esercizio dell'attività, è certamente un valido strumento di ausilio, oltre che un prezioso alleato in sede giudiziaria. Come si è detto nei capitoli precedenti, il sistema dei controlli interni, in quanto funzionale a supportare l'organo amministrativo, è uno strumento indispensabile al perseguimento della sana e

prudente gestione dell'intermediario e conseguentemente componente irrinunciabile nell'integrazione del principio di corretta amministrazione¹².

La consapevolezza di quanto appena sostenuto si è andata affermando gradualmente tra la dottrina¹³ e i legislatori a livello internazionale, specie a seguito della crisi globale che, sebbene non trovi nelle carenze dei controlli interni la propria unica causa, ebbe comunque in queste un significativo fondamento. Da qui la crescente attenzione per il sistema dei controlli interni, che si è tradotta in un'ipertrofia normativa e regolamentare che ha dato vita ad una proliferazione di funzioni di controllo in un panorama non sistematico e caratterizzato da rischiose sovrapposizioni di competenze. Difficile è in un contesto di questo tipo acquisire una visione schematica delle funzioni di controllo, a tal punto che sembra a chi scrive debba essere messa in dubbio la stessa possibilità di parlare di sistema dei controlli interni¹⁴. Sembra piuttosto preferibile parlare di una *Weltanschauung* pirandelliana (intesa come visione del mondo o concezione, priva di un sistema organizzato) dei controlli, almeno fino a che non si abbia un intervento realmente sistematico ed omogeneo a disciplina della materia. Pur tuttavia, per esigenze di semplicità e sinteticità, si continuerà ad utilizzare questa espressione, consci del limite anzidetto.

3. I tre modelli di *corporate governance*

La riforma del diritto societario del 2003, orientata da uno spirito di liberalizzazione e rafforzamento dell'autonomia privata, ha previsto la possibilità, per le società per azioni,

¹² In questo senso MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023, specialmente il capitolo secondo. Pertanto, oggetto della valutazione del collegio sindacale sarà anche l'implementazione del sistema dei controlli interni, essendo l'organo competente, ex articolo 2403 c.c., a vigilare sul rispetto del principio di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. L'articolo 2403, con l'espressione *in particolare*, specifica chiaramente che la predisposizione di assetti adeguati è una delle esplicazioni del principio di corretta amministrazione, forse la più significativa. Va da sé che l'attuazione di un meccanismo di controllo interno adeguato sia esso stesso richiesto ai fini della corretta amministrazione.

¹³ Ex multis BROGI M., *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impresa Società*, 2/2010, pp. 283-308. CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293. RIGANTI F., in *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 62. Ancora MINTO A., *op.cit.*, capitolo secondo.

¹⁴ In argomento LIBONATI B., *Conclusioni*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 197-201.

di scegliere tra tre modelli di *corporate governance* recepiti dalle diverse tradizioni giuridiche dei paesi ad economia di mercato. Il legislatore ha voluto tentare un bilanciamento tra vincolo legislativo ed autonomia privata consentendo di scegliere tra tre diversi modelli, regolati poi singolarmente in maniera più o meno compiuta. I tre modelli sono funzionalmente neutri, per cui la scelta dovrebbe essere orientata esclusivamente da esigenze organizzative e di migliore adattamento alle caratteristiche dell'impresa. I tre sistemi di amministrazione e controllo sono:

1. Il sistema monistico: modello di origine angloamericana, è la forma organizzativa tipica delle grandi imprese di investimento. La disciplina di diritto comune prevede che l'assemblea nomini un unico organo con funzione amministrativa, il Consiglio di amministrazione, al cui interno vengono poi individuati dei consiglieri che svolgono una funzione di controllo e che compongono il Comitato per il controllo sulla gestione. Si verifica così una coincidenza tra controllori e controllati che ha indotto la Banca d'Italia ad intervenire¹⁵ trasferendo la competenza della nomina e revoca dei componenti del Comitato in capo all'assemblea. Le anomalie di questo sistema sono numerose ed un ulteriore intervento della Banca d'Italia è stato necessario per equiparare le funzioni del Comitato per il controllo sulla gestione a quelle del collegio sindacale. Ed infatti, l'articolo 2409 *octiesdecies* cc al comma 5 lettera *c* prevede, come unica funzione di controllo del Comitato, la vigilanza «sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione». Sebbene la norma appena citata abbia come merito l'aver introdotto nel diritto comune un riferimento esplicito al sistema dei controlli interni, essa non tiene conto di tutte le competenze che dovrebbero essere proprie di un organo di controllo e che sono attribuite invece al collegio sindacale dall'articolo 2403 c.c. Il controllo sul rispetto della legge e dell'atto costitutivo e i controlli sul rispetto dei principi di corretta amministrazione non sono in alcun modo presi in considerazione, generando un'anomalia che ha indotto la Banca d'Italia ad intervenire per sciogliere il nodo almeno nella normativa di settore¹⁶.

¹⁵ Circolare 285, Parte Prima, IV, 1, 15, lett. *c*.

¹⁶ C'è in realtà chi sostiene che il mancato riferimento legislativo a queste funzioni non abbia comportato una *deminutio* dei poteri del Comitato, poiché essi possono comunque essere previsti a livello statutario e

Questo modello è stato accolto in Italia con molto scetticismo, soprattutto per la sovrapposizione di controllori e controllati che comportava tra la dottrina più avveduta timori di inefficienza dei controlli. Tale approccio è stato gradualmente e in parte superato. Pur tuttavia v'è da notare che ad oggi l'unico esempio significativo di adozione del modello monistico è Intesa Sanpaolo, che vi è approdata dopo aver rilevato diverse carenze nell'organizzazione secondo il modello dualistico. Nella Relazione di Intesa Sanpaolo sull'adozione del sistema monistico molti di questi limiti sono esplicitati¹⁷. Tra questi vale la pena segnalare che si è rilevato che la presenza, all'interno del Consiglio di gestione, di amministratori esecutivi e non esecutivi, determina delle asimmetrie informative problematiche per la gestione sana e prudente. Il sistema dualistico comporta delle modalità decisionali troppo lente e complesse, confliggenti con le esigenze gestorie di rapidità. Al contrario, il sistema monistico consente un'immediatezza nei rapporti tra organo con funzione di supervisione strategica e organo con funzione di gestione che giova alla rapidità deliberativa¹⁸. Se queste osservazioni paiono condivisibili, non altrettanto quella che sembra essere stata il discrimine tra la scelta del sistema monistico ed il ritorno al modello tradizionale: la lontananza della funzione di gestione da quella di controllo e di supervisione strategica¹⁹. In altri termini, il fatto che il collegio sindacale abbia una funzione di controllo *ex post* e di mera legittimità, il che lo rende un organo astratto dalle vicende aziendali e lontano dalla gestione. Si tratta di un'argomentazione non condivisibile, come si avrà modo di chiarire nei paragrafi successivi dedicati al tema. Ed infatti questo tipo di approccio non è coerente con una rinnovata visione del collegio sindacale, che è organo coinvolto nel momento gestorio della predisposizione del sistema di controllo interno e pertanto incide sugli assetti

sarebbero in ogni caso impliciti. Così MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2016, p. 13. L'autore sostiene che, anzi, la mancata previsione, nella lettera dell'articolo 149 *ter* TUF, mira a sottrarre le attività amministrative alle sanzioni della Consob, impedendo ingerenze dell'autorità nella gestione. Ma si veda anche CREMONA B.M., *L'adozione del sistema monistico nel contesto bancario italiano: riflessioni statutarie e primo bilancio*, in, *Rivista di diritto societario*, 2/2020, pp. 517 e 518 a proposito del controllo di legalità come attribuzione implicita del comitato per il controllo sulla gestione in quanto composto da amministratori non esecutivi a cui spetta il controllo di legalità sugli atti degli amministratori delegati.

¹⁷ MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2016, pp. 4-8.

¹⁸ MARCHETTI P., *op.cit.*, p. 13.

¹⁹ MARCHETTI P., *op.cit.* p. 15.

organizzativi dell'impresa con delle valutazioni che si esclude possano essere di mera legittimità²⁰. Ora, che si tratti solo di un retaggio culturale superabile gradualmente con l'esperienza del modello, o che sia, piuttosto, una fondata convinzione della sua inidoneità, è certo che ad oggi il sistema monistico non abbia trovato grande applicazione in Italia. La quasi totalità delle grandi banche continua ad optare per il sistema tradizionale.

2. Il sistema dualistico: di derivazione tedesca, è figlio del meccanismo della cogestione consolidato in Germania. Proprio l'esigenza di coinvolgere i lavoratori nel governo delle imprese, ma non nella gestione quotidiana delle stesse, ha comportato *de facto* una scissione dell'organo amministrativo. Ne deriva una struttura in cui l'assemblea nomina il consiglio di sorveglianza. Questo è un organo che si frappone tra quello assembleare e il consiglio di gestione (che svolge le funzioni del consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale), i cui membri sono nominati dal consiglio di sorveglianza. In Germania i rappresentanti dei lavoratori partecipano al consiglio di sorveglianza ma non fanno parte del consiglio di gestione, cui è rimessa la gestione *day to day* dell'impresa. Questa è anche la ragione per cui nel consiglio di gestione manca l'amministratore di minoranza. Al consiglio di sorveglianza sono attribuite diverse funzioni: esso funge da organo di controllo, ma gli sono attribuiti anche compiti para-assembleari come l'approvazione del bilancio di esercizio (articolo 2409 *terdecies* c.c., comma 1 lettera *b*), l'introduzione dell'azione di responsabilità nei confronti dei membri del consiglio di gestione (articolo 2409 *terdecies* c.c., comma 1 lettera *d*) e la nomina e la revoca dei membri del consiglio di gestione (articolo 2409 *terdecies* c.c., comma 1 lettera *a*). Se previsto dallo statuto, inoltre, come disposto dalla lettera *f bis* dell'articolo 2409 *terdecies* comma 1 c.c., al consiglio di sorveglianza possono essere attribuite funzioni di alta amministrazione (ossia la delibera in ordine alle operazioni strategiche, ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione. Ferma restando la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti). Questa regola comporta non pochi problemi. Essa, realizzando una «usurpazione delle funzioni gestorie²¹»,

²⁰ Vd. *Sub* § 4.3.

²¹ LOPREIATO S., *Le autorità di vigilanza di fronte alla «governance» dualistica delle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2007, pp. 491-510.

comporta una pericolosa sovrapposizione tra le funzioni dell'organo di controllo e quelle dell'organo con funzione di supervisione strategica e di gestione, che può incidere negativamente sull'efficienza dei processi deliberativi oltre che sull'individuazione delle rispettive responsabilità. Questa sovrapposizione di competenze è stata rilevata dalla stessa Consob come ostacolo alla quotazione, e quindi alla competitività delle imprese e dei mercati. Sul tema si tornerà più avanti, è tuttavia doverosa una considerazione: la Circolare 285 di Banca d'Italia introduce una rigida distinzione tra funzione di supervisione strategica e funzione di gestione, conformemente agli orientamenti dell'EBA, e soprattutto alla direttiva CRD IV, elaborati sulla base del sistema monistico. Va da sé che questo meccanismo mal si adatti a sistemi differenti²². Mentre il Codice civile permette un'ingerenza del consiglio di sorveglianza in compiti che rimangono pur sempre del consiglio di gestione, il quale mantiene il suo ruolo di centralità anche nell'alta amministrazione, il diritto bancario realizza una problematica inversione dei ruoli²³. Forse su questo varrebbe la pena riflettere.

Un'ulteriore osservazione inerisce proprio all'eziologia del modello: mentre l'ordinamento tedesco si caratterizza per una consolidata tradizione di cogestione, questa in Italia non ha mai trovato applicazione perché osteggiata sia dagli industriali che dai sindacati. Forse proprio questo trapianto culturale può spiegare perché tale modello non abbia avuto larga fortuna nel nostro ordinamento, se non nei momenti immediatamente successivi alla fusione di grandi banche. In queste circostanze, infatti, l'adozione del sistema dualistico ha consentito di evitare riassetto organizzativi eccessivamente traumatici, prospettando la conservazione di cariche, quali quelle amministrative, il cui benessere risultava determinante ai fini della conclusione dell'operazione. È il caso della fusione tra Banca Intesa e Sanpaolo IMI. La nuova Intesa Sanpaolo, dopo non molto, ha optato per il sistema monistico.

3. Il sistema tradizionale: è il modello tradizionalmente adottato nel nostro ordinamento e, anche alla luce delle considerazioni viste sopra, si può a buona ragione ritenere il più performante dal punto di vista dell'esigenza di tutela di soci

²² PORTALE G.B., *La "Corporate governance" delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, pp.48-63.

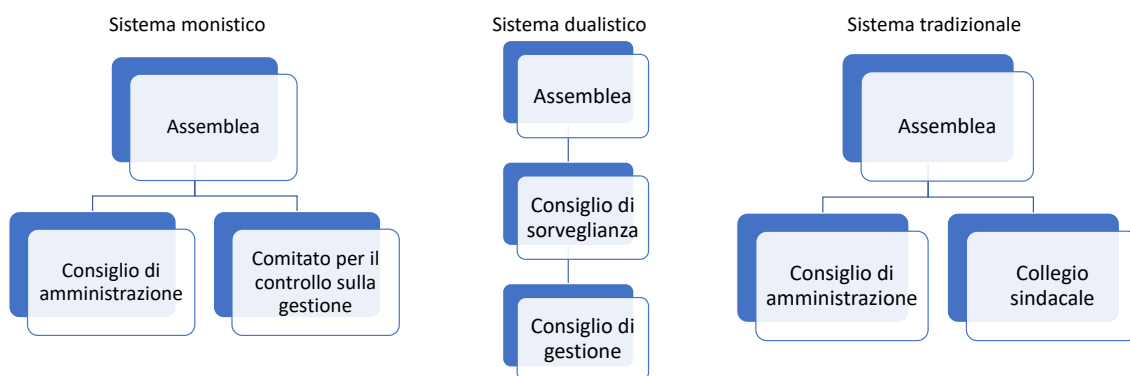
²³ PORTALE G.B., *op.cit.* p. 55.

e terzi. Il sistema prevede che l'assemblea nomini sia l'organo con funzione di supervisione strategica, ossia il consiglio di amministrazione, che l'organo con funzione di controllo, cioè il collegio sindacale. Ai delegati sarà poi affidata la funzione di gestione, che nelle piccole banche, nel caso in cui manchi l'amministratore esecutivo, spetta invece al direttore generale. Il sistema tradizionale ha subito negli ultimi decenni un mutamento determinato in parte dall'influenza che su di esso hanno avuto gli altri due modelli di *corporate governance*. Come si vedrà più avanti, soprattutto nel diritto bancario si è assistito ad una palingenesi del collegio sindacale, conformemente ad una mutata cultura dei controlli più conscia del valore che essi possono apportare all'impresa già in fase gestoria. In questo i sindaci sembrano avere subito l'influenza di quei modelli che mancano di controllori "di mestiere". Ma di certo anche il sistema tradizionale ha influenzato gli altri due modelli. Anzi, forse, talune delle problematiche riscontrate nell'attuazione degli stessi, sono proprio una conseguenza di una inidonea ed indiscriminata applicazione della disciplina del modello tradizionale agli altri due sistemi di *governance*. Se ne ha evidenza se si pensa all'intervento della Banca d'Italia che ha previsto, per il sistema monistico, la nomina assembleare del Comitato per il controllo sulla gestione²⁴, che inevitabilmente snatura il modello. O ancora, la sovrapposizione delle funzioni di cui si è parlato con riferimento al sistema dualistico è in realtà un problema che nasce nel sistema tradizionale²⁵. Il legislatore è infatti intervenuto, da un lato, sottraendo al collegio sindacale le funzioni di controllo contabile, privandolo sostanzialmente della sua funzione originaria e principale; dall'altro, attribuendo al consiglio di amministrazione una funzione di monitoraggio sulla gestione che è tipica di ordinamenti privi del collegio sindacale o di un organo equivalente. Il che comporta una sovrapposizione di funzioni tra collegio sindacale e amministratori

²⁴ Circolare 285, Parte Prima, IV, 1, 15, lett. c.

²⁵ LOPREIATO S., *op.cit.*, p. 500 afferma che il problema rilevato da Consob e Banca d'Italia, della sovrapposizione di competenze tra organi della società nell'ambito delle attività di controllo sull'attività gestoria, non è riferibile in via esclusiva ai casi di adozione del sistema dualistico. Al contrario, tale problematica nasce già nel modello tradizionale di *corporate governance*, connotato da possibili sovrapposizioni tra le funzioni dei sindaci e quelle degli amministratori non esecutivi, e dunque proprio dal sistema tradizionale sembra essere trasferita alle interazioni tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione.

non esecutivi che, per quanto smorzata da differenze terminologiche, non può essere ignorata.



Nelle strutture sopra descritte si rileva un elemento comune che è lo scarso coinvolgimento dell'organo assembleare nel controllo dell'impresa bancaria. Mentre il legislatore comune è ripetutamente intervenuto prevedendo delle misure finalizzate ad incentivare lo *shareholder activism* (ad esempio prevedendo il voto per delega o telematico, il potenziamento dei diritti relativi alla convocazione e la possibilità di chiedere chiarimenti prima dell'assemblea), la normativa speciale mira a realizzare una separazione tra proprietà e controllo che garantisca l'autonomia della banca anche dai soci della stessa²⁶. Questa compressione dell'autonomia privata è determinata, ancora una volta, dalla peculiare condizione dell'impresa bancaria, la cui gestione deve fare i conti con interessi pubblici che non sono finalità dell'attività ma principi cui la gestione deve essere orientata. Questo consente di spiegare la ragione per cui il tipo societario della Società a responsabilità limitata (S.r.l.) non si confà all'impresa bancaria, essendo esso

²⁶ Si ricorda in questa sede quanto detto nelle pagine precedenti a proposito della Circolare 285 di Banca d'Italia e degli orientamenti EBA in materia di *governance* interna ai sensi della direttiva (UE) 2019/2034. Si veda a riguardo BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020. §9.8.6.2, in particolare pp. 212 e 213.

prevalentemente concentrato sull'incomprimibile coinvolgimento dell'autonomia privata nella gestione²⁷.

Se alcune limitazioni dell'autonomia privata sono in effetti comprensibili, talvolta talune appaiono a dir poco infondate. È, ad esempio, il caso dei limiti al numero dei componenti degli organi sociali. La Circolare 285 prevede, infatti, che nelle banche di maggiori dimensioni i consigli non possono avere più di 15 componenti (o 19 in caso di adozione del modello monistico o 22 per il modello dualistico) se non in casi eccezionali. Si tratta forse di una norma troppo dettagliata²⁸ e sillogisticamente costruita su un assunto non dimostrato, vale a dire che vi sia una correlazione tra il numero eccessivo (concetto, tra l'altro, molto ampio e suscettibile di vasta interpretazione) di componenti e l'inefficienza dell'organo.

Ma ancora, l'imposizione di comitati endo-consiliari specializzati che, come si vedrà, spesso risultano pleonastici. Per non parlare del divieto, al presidente del consiglio di sorveglianza (quando a quest'organo è rimessa la funzione di alta amministrazione), di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione; divieto che lo depotenzia rispetto agli esecutivi e lo priva della funzione di raccordo tra il consiglio di sorveglianza ed il consiglio di gestione che gli è tipica²⁹.

Sono questi interventi³⁰ che, da un lato snaturano i sistemi di amministrazione e controllo, e dall'altro derogano al diritto comune in assenza di esigenze specifiche e comprensibili, e che rischiano di limitare eccessivamente l'autonomia statutaria. Rispetto a queste si può forse avanzare l'idea che si tratti di una sperimentazione non ben riuscita, che non merita un'estensione al diritto comune.

²⁷ MONDINI P.F., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla "corporate governance" e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca impresa società*, 2015, 1, p. 43.

²⁸ Così CERA M., in *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 p. 950, ma anche PORTALE G.B. *op. cit.* (nt.13) p. 57 e RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019 p. 88.

²⁹ Secondo CERA M., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 pp. 947-956, una regola di questo tipo indebolisce il presidente rispetto agli organi gestori incidendo negativamente sulla sua autorità e rendendolo paradossalmente inidoneo a quel bilanciamento di interessi che è il motore di questa iniziativa regolamentare. Ancora DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2015, pp.525-613, rispetto alle limitazioni imposte al presidente del consiglio di sorveglianza manifesta perplessità circa la forte invasività dell'intervento normativo che non sembra bilanciata da una effettiva giustificazione.

³⁰ Vd. note 28 e 29.

Tornando all'analisi del sistema dei controlli, si ricorderà che la Circolare 285, come già anticipato nel capitolo dedicato alle fonti, attribuisce particolare rilievo alla precisa individuazione delle competenze dei diversi organi societari nell'ambito dei meccanismi di controllo interno. In particolare, chiarisce che, affinché un sistema di governo societario sia efficiente, è necessario che si realizzi un corretto bilanciamento tra poteri. Ration per cui, vanno specificamente individuati e distinti i compiti degli organi cui sono attribuite le funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo.

3.1. L'organo con funzione di supervisione strategica

In termini generali, l'organo con funzione di supervisione strategica ha il compito di deliberare sugli indirizzi di carattere strategico della banca e verificarne l'attuazione nel continuo³¹. Quest'organo è il consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale e monistico. In caso di adozione del sistema dualistico è il consiglio di gestione, oppure il consiglio di sorveglianza se a questo è affidata la funzione di supervisione strategica. La Circolare 285, al fine di perseguire l'obiettivo della neutralità dei tre modelli di amministrazione e controllo, prevede una distinzione per funzioni e non per organi. Non è quindi escluso che funzioni diverse possano essere attribuite allo stesso organo³², ma in

³¹ L'organo con funzione di supervisione strategica definisce e approva:

- Il modello di *business* della banca tenendo conto dei rischi di tale modello;
- Gli indirizzi strategici;
- Gli obiettivi di rischio;
- Le linee di indirizzo del sistema dei controlli interni;
- Le operazioni da sottoporre al vaglio della funzione di controllo dei rischi;

Inoltre, approva la costituzione delle funzioni aziendali di controllo con i relativi compiti e responsabilità. Si occupa delle modalità di coordinamento tra le funzioni e dei flussi informativi tra le stesse.

Valuta la compatibilità agli obiettivi del processo di gestione del rischio.

Assicura che non siano create delle strutture organizzative troppo complesse ed inidonee alla banca. Assicura che l'attuazione del RAF sia coerente con gli obiettivi di rischio individuati.

Approva il processo per lo sviluppo e la convalida dei sistemi interni di misurazione dei rischi.

Assicura che i sistemi di controllo interno siano coerenti, tenendo conto anche delle condizioni interne ed esterne in cui opera la banca.

Assicura il confronto dialettico tra le funzioni aziendali e con la funzione di gestione.

Inoltre, sono di competenza dell'organo con funzione di supervisione strategica la nomina e la revoca del direttore generale, l'acquisto e la cessione di partecipazioni strategiche e l'approvazione e la modifica dei principali regolamenti interni. Mentre le operazioni su partecipazioni strategiche non sono delegabili, la nomina e la revoca del direttore generale e gli interventi sui regolamenti interi sono funzioni attribuibili al consiglio di gestione se la banca adotta il sistema dualistico e al consiglio di sorveglianza è rimessa la funzione di alta amministrazione.

Inoltre, sono proprie dell'organo di supervisione strategica tutte le competenze non delegabili.

Per le ulteriori funzioni si rimanda alla Circolare 285, Parte Prima, IV, 3, 11, 12, 13.

³² Questo si verifica in caso di adozione del sistema dualistico se lo statuto attribuisce al consiglio di sorveglianza le funzioni di alta amministrazione. Si veda al riguardo SERAFIN G., LAURO A., *La*

questo caso vanno tenute debitamente distinte, soprattutto quando si tratti di banche di grandi dimensioni. Pertanto, qualora al consiglio di sorveglianza del modello dualistico sia affidata anche la funzione di supervisione strategica, lo statuto deve prevedere in maniera precisa i contenuti dei poteri del consiglio di sorveglianza rispetto a quelli del consiglio di gestione, nonché le operazioni strategiche rispetto alle quali si attribuisce al consiglio di sorveglianza un qualche potere deliberativo³³. Lo statuto deve altresì individuare dei criteri di distinzione delle operazioni strategiche. Quest'ultima previsione in particolare genera delle perplessità³⁴, data la difficoltà di prevedere statutariamente un criterio di distinzione in astratto.

Tra le diverse attribuzioni dell'organo con funzione di supervisione strategica, che si sono specificate in nota, una delle più significative è certamente l'approvazione del RAF, ossia una cornice che perimetra la propensione al rischio sulla base degli obiettivi imprenditoriali che si intende raggiungere e del modello di *business* individuato. L'individuazione preventiva del modello di *business* è un'operazione fondamentale, in quanto i rischi cui la banca è sottoposta variano in funzione di essa (chiaramente una banca che svolge attività di investimento dovrà gestire rischi diversi da quella che svolga una attività "tradizionale"). Il RAF costituisce il momento di determinazione di una strategia complessiva di gestione del rischio, rispetto alla quale deve poi essere garantita la coerenza delle singole attività operative. Esso specifica le tipologie di rischio³⁵ che si intende assumere e, per ciascuna tipologia, fissa delle soglie di tolleranza. Il RAF prevede, inoltre, le misure che devono essere adottate per ricondurre il livello di rischio entro i limiti predefiniti in caso di sfioramento. È evidente, pertanto, una stretta

governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca'Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, pp. 151.

³³ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 11, lettera j.

³⁴ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 78. DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2015, p. 543.

³⁵ L'Allegato A della Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3 della Circolare 285 individua diversi tipi di rischio: rischio di credito e di controparte, rischi operativi, rischio di liquidità, rischio di mercato, rischi di tasso di interesse per attività che non rientrano nel portafoglio di negoziazione ai fini della vigilanza. La Circolare presenta anche alcune definizioni utili alla comprensione del RAF (Parte Prima, IV, 3, 6): *Risk capacity* è il massimo rischio assumibile, *Risk appetite* indica l'obiettivo di rischio, *Risk tolerance* è definito come soglia di tolleranza, *Risk profile* indica il rischio effettivamente assunto, *Risk limits* sono i limiti di rischio.

interconnessione tra le dinamiche strategiche e gestorie e la propensione al rischio³⁶. Non è infatti possibile procedere all'elaborazione di piani strategici senza tenere in debito conto i rischi che derivano dall'attività che si intende svolgere e le modalità di reazione agli stessi. L'approvazione del RAF è quindi un'operazione preliminare e fondamentale³⁷ nella prospettiva di un *ménage* aziendale orientato al principio della sana e prudente gestione. Esso costituisce le fondamenta su cui viene edificato il sistema dei controlli interni, il cui funzionamento è la concreta applicazione del progetto elaborato nel RAF. Nello svolgimento delle sue diverse competenze attinenti ai controlli interni, l'organo con funzione di supervisione strategica, nelle grandi banche, è necessariamente supportato da un Comitato Rischi, cui sono attribuiti compiti propositivi, consulenziali e di controllo. Di questo comitato si parlerà più ampiamente nelle pagine che seguono, essendo esso il principale oggetto della nostra disamina.

3.2. L'organo con funzione di gestione

L'organo con funzione di gestione cura l'attuazione degli indirizzi strategici e si occupa della gestione aziendale³⁸. Tale compito è rivestito, nei diversi modelli di amministrazione e controllo, dagli amministratori delegati. All'organo con funzione di gestione è rimessa la cura del processo di gestione dei rischi sulla base delle direttive programmatiche previste dal RAF.

Nell'ambito del sistema dei controlli interni assumono particolare rilievo anche altre competenze della funzione in questione. Da un lato, l'organo con funzione di gestione si

³⁶ Vd. CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 28.

³⁷ CARDI M., *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie. Profili istituzionali e gestionali del caso italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 105 ss.

³⁸ L'organo con funzione di gestione cura l'attuazione degli indirizzi strategici, del RAF e delle politiche di gestione dei rischi sulla base delle indicazioni dell'organo con funzione di supervisione strategica.

È responsabile per l'adozione delle misure necessarie a garantire che l'organizzazione aziendale e il sistema dei controlli interni siano coerenti con il modello di *business* e gli obiettivi perseguiti.

Compito dell'organo con funzione di gestione è promuovere la diffusione a tutti i livelli aziendali della cultura del rischio, anche sviluppando dei programmi di formazione del personale.

Stabilisce le responsabilità delle strutture e delle funzioni aziendali coinvolte nel processo di gestione dei rischi. Definisce i flussi informativi interni.

Agisce al fine di garantire nel continuo la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità del sistema dei controlli interni.

È responsabile del funzionamento dei sistemi di misurazione interna del rischio.

Per le ulteriori funzioni si rimanda alla Circolare 285, Parte Prima, IV, 3, 14, 15, 16.

occupa di garantire che siano chiaramente definite le competenze di ciascuna funzione aziendale attraverso la definizione precisa delle responsabilità di ognuna di esse, in modo da evitare problematiche sovrapposizioni. Dall'altro, all'organo con funzione di gestione è rimessa la fondamentale funzione di promozione della cultura del rischio ad ogni livello dell'impresa bancaria. Si tratta di una previsione³⁹ di particolare importanza perché rispecchia una rinnovata concezione dei controlli, in linea con un contesto socioculturale e giuridico conscio dell'inevitabilità e della necessità del rischio⁴⁰.

In un contesto di questo tipo, le funzioni che si stanno analizzando non mirano a ridurre il rischio fino ad estirparlo dall'attività aziendale perché esso è ontologicamente immanente nell'impresa, a maggior ragione quella bancaria. L'obiettivo è piuttosto quello di prevedere il rischio, gestirlo e tenerlo sotto controllo, in modo da non essere colti impreparati di fronte agli andamenti mutevoli dello stesso⁴¹. D'altro canto, l'inevitabilità del rischio è evidentemente un fattore positivo, se si considera che ad esso è strettamente connessa la realizzazione di un'utilità economica come risultato dell'attività. Assenza di rischio equivarrebbe ad assenza di utilità, purché chiaramente si proceda con delle coscienti operazioni, di *risk assessment* e *risk treatment*, che rendano il rischio sostenibile. A questo è preordinata l'implementazione di un sistema di controlli interni in cui il controllo non sia concepito come un ostacolo alla gestione e al profitto, ma come una componente della gestione che ne incrementa pregio e affidabilità, anche nell'ottica di una valorizzazione della reputazione aziendale, che è essa stessa un rischio nei mercati finanziari.

Ovviamente, una concezione di questo tipo è figlia di una cultura dei controlli⁴² ben radicata, che sebbene introdotta mediante una normativa particolarmente rigida, dovrebbe

³⁹ Circolare 285, Parte Prima, IV, 3, 14, §3, lett. b.

⁴⁰ Per una analisi approfondita della mutata concezione del rischio si rimanda diffusamente a PASSALACQUA M., *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, CEDAM, Padova, 2012. Ancora, vd. VELLA F., *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2009, pp. 161-178. BLACK J., *The role of risk in regulatory process*, in *The Oxford handbook of regulation*, edited by R. Baldwin, M. Lodge, New York, USA, 2010, pp.302-448.

⁴¹ CICCHINELLI S., *Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, *Rivista semestrale* 1/2017, pp. 91-132.

⁴² La creazione di una cultura dei controlli solida a tutti i livelli dell'impresa bancaria è una componente fondamentale per una gestione sana e prudente, soprattutto in un contesto economico e finanziario caratterizzato dal continuo emergere di rischi nuovi. In particolare, lo sviluppo delle nuove tecnologie, se da un lato fornisce un valido ausilio all'attività degli intermediari, dall'altro incrementa i rischi cui essi sono esposti. Il processo di digitalizzazione è stato particolarmente rapido negli ultimi anni, specie in ragione della spinta apportata dalla pandemia, e questo ha comportato un rapido ed inaspettato accrescimento di rischi prima non ben evidenti (si pensi al fenomeno Fintech e alla diffusione di operatori

essere gradualmente interiorizzata dalle imprese fino ad emanciparsi dal dettato normativo per divenire una *forma mentis*, ancor prima che un *modus operandi*⁴³. È invece notorio che fino ad oggi i controlli nelle banche, e non solo per la verità, sono stati concepiti come un gravoso appesantimento economico e strutturale, nonché come un ostacolo all'efficienza e alla snellezza dei processi decisionali⁴⁴.

3.3. Coordinamento tra organo con funzione di gestione e organo con funzione di supervisione strategica: la disciplina delle deleghe

Tenendo sempre a mente l'esame effettuato nei due paragrafi precedenti, a fini di semplificazione si può dire che la funzione di supervisione strategica è rimessa agli amministratori privi di delega, mentre la funzione di gestione è attribuita agli esecutivi. È quindi opportuno, a questo punto, analizzare le modalità di coordinamento tra gli organi investiti di queste funzioni alla luce della peculiare disciplina delle deleghe rinvenibile nel diritto bancario.

Prima di tutto, nell'ottica di un inquadramento dei rapporti tra gli amministratori deleganti e gli esecutivi, va ricordato che la riforma del 2003 è intervenuta sulla disciplina delle competenze dei deleganti prevedendo un meccanismo che ne esclude la responsabilità oggettiva⁴⁵. Alla precedente regola della vigilanza diffusa, avente ad oggetto tutte le operazioni dei delegati, si sostituisce una funzione di verifica delle informazioni fornite dagli amministratori esecutivi. Nell'esercizio di questa funzione i deleganti devono agire

tecnologici non finanziari che spesso diventano veri e propri concorrenti delle banche e all'impatto reputazionale del loro operato). Ma ancora la crescente attenzione per le tematiche di sostenibilità che porta con sé la necessità di gestire i rischi di *greenwashing* e la diffusione di prodotti finanziari molto appetibili ma particolarmente rischiosi. Cfr. a riguardo l'intervento di Paolo Angelini (Vice Direttore Generale della Banca d'Italia) al *Workshop Risk Culture & Awareness* organizzato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore a Piacenza il 15 ottobre 2021. A queste e ad altre problematiche gli intermediari possono far fronte prima di tutto consolidando una cultura del rischio che consenta di non essere colti impreparati di fronte a scenari così insidiosi e mutevoli e che sia radicata a tutti i livelli aziendali, compresi quelli che operano direttamente a contatto con la clientela, in cui spesso un'adeguata conoscenza di queste tematiche è carente. Un'adeguata cultura del rischio funge da garanzia per la correttezza nei rapporti con i clienti a livello di operatività quotidiana e costituisce una valida componente di una *governance* stabile, accresciuta nella capacità di creare valore.

⁴³ SCIARRONE ALIBRANDI A., FRIGENI C., *Managing Conduct Risk: From Rules to Culture*, in BUSCH D., FERRARINI G., VAN SOLINGE G., (a cura di), *Governance of Financial Institutions*, Oxford University Press, United Kingdom, 2019.

⁴⁴ SCHWIZER P., *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 15.

⁴⁵ Per un quadro analitico delle ragioni della riforma si veda la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo 6/2003.

con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze (articolo 2392 comma 1 c.c.), il che contribuisce a "personalizzare" ancor di più la responsabilità, oltre a costituire il criterio sulla base del quale valutare l'adempimento del dovere di agire informati, che grava sugli amministratori ai sensi del comma 6 dell'articolo 2381 c.c.⁴⁶ Si è venuto così a configurare un meccanismo che da parte di alcuni è stato definito dei «segnali di allarme»⁴⁷, in forza del quale dovere degli amministratori non esecutivi non è quello di vigilare in generale su tutte le attività degli amministratori delegati⁴⁸, ma piuttosto di cogliere segnali di irregolarità (da qualsiasi fonte essi provengano) e attivarsi per indagare gli stessi, chiedendo ai delegati ulteriori informazioni. È questo il connotato più corretto del dovere di agire informati e rispetto al quale il sistema dei controlli interni assume particolare utilità⁴⁹.

In una direzione che sembra opposta a quella codicistica vanno le disposizioni di Banca d'Italia nella Circolare 285. Questa attribuisce un ruolo preminente agli amministratori non delegati nella predisposizione del sistema di controllo interno della banca e nella verifica della sua corretta attuazione, oltre che funzioni di significativo rilievo ai comitati interni al consiglio di amministrazione. Nel definire un quadro di questo tipo, la Circolare incrementa in maniera significativa il livello di diligenza richiesto ai non esecutivi nell'esercizio delle loro funzioni, generando un livellamento della loro responsabilità rispetto a quella dei delegati e, quindi, riproducendo delle dinamiche che la riforma del 2003 aveva voluto escludere⁵⁰.

La Circolare 285 infatti stabilisce che, oltre alle competenze che non sono delegabili per legge, all'organo con funzione di supervisione strategica spettano anche altre funzioni che non possono essere delegate⁵¹. Tra queste la nomina e la revoca dei responsabili delle

⁴⁶ RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, pp. 431-470. Per quanto riguarda il criterio della diligenza e della «personalizzazione» dello stesso si veda SERAFIN G., LAURO A., *La governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale*, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca'Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, p. 163.

⁴⁷ In argomento si veda RIGANTI F., *op. cit.* p. 9.

⁴⁸ A riprova, tra le altre, Cassazione n. 9973/2018, Cassazione n. 17441/2016.

⁴⁹ Vd. *Supra* §2.

⁵⁰ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p.93. MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: tra Codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 6/2015, pp. 736-739.

⁵¹ PORTALE G.B., *La "Corporate governance" delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, p. 54.

funzioni aziendali di controllo, l'assunzione e la cessione di partecipazioni strategiche, l'approvazione di sistemi contabili e di rendicontazione⁵². Oltre a questo, la Circolare impone un rafforzamento dei doveri informativi dei non esecutivi per mezzo dei comitati interni⁵³ all'organo con funzione di supervisione strategica, rendendo meno evidente quella che nel diritto comune è invece una distinzione netta e precisa di poteri e responsabilità tra amministratori deleganti e delegati.

Si definisce così un contesto in cui il sistema dei controlli interni è progettato e predisposto per intero dall'organo con funzione di supervisione strategica, in contrasto con quanto previsto dall'articolo 2381 c.c., che rimette, ai delegati, la cura degli assetti organizzativi e, ai deleganti, la mera valutazione degli stessi⁵⁴. In questo modo la disciplina di settore finisce per attribuire delle inedite funzioni operative agli amministratori non delegati che ribaltano i rapporti di competenza e, conseguentemente, la distribuzione delle responsabilità rispetto agli amministratori esecutivi.

Nella stessa direzione tende il rafforzamento del dovere di agire informati che sorge in capo ai non esecutivi. La Circolare prevede che questi si servano delle funzioni aziendali di controllo per ottenere informazioni sulla gestione. Se questa previsione da un lato mira ad evitare una deresponsabilizzazione dei non esecutivi, dall'altro rischia di far sorgere un dovere informativo rafforzato, che potrebbe degenerare in una sovrapposizione della responsabilità dei non esecutivi con quella dei delegati⁵⁵.

Si pone ulteriormente in contrasto con la disciplina codicistica la possibilità, che pure sembra prospettabile alla luce della lettera normativa, di attribuire poteri ispettivi ai singoli amministratori. Si realizzerebbe, qualora si ritenesse ammissibile una fattispecie

⁵² Circolare 285 Parte Prima, Titolo IV, 1, 9, linea applicativa e.

⁵³ Circolare 285 Parte Prima, Titolo IV, 1, 18.

⁵⁴ CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 19-37. Così anche CICCHINELLI S., *Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, *Rivista semestrale* 1/2017, in particolare si vedano pp. 103 e 104.

⁵⁵ In tema si vedano DE POLI M., *“De iure belli”, ovvero, dell'obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*, in *Le Società*, 2/2019, pp. 188-192. HOUBEN M., *Il dovere di agire in modo informato degli amministratori non esecutivi delle banche*, in *Banca Impresa Società*, 2/2018, pp. 263-292. Ma anche RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 91 ss. MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci di società di capitali*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2019, pp. 117-149.

di questo tipo, un ritorno al controllo diffuso sul generale andamento della gestione, che è proprio quanto si è voluto escludere in sede di riforma⁵⁶.

3.3.1. Quali le conseguenze sulla responsabilità?

Le ormai consolidate pronunce della Corte di Cassazione⁵⁷ forniscono un quadro della responsabilità dei non esecutivi che sembra essere riconducibile alla responsabilità sostanzialmente oggettiva antecedente alla riforma del 2003⁵⁸.

Sembra pertanto opportuna una rivisitazione della disciplina in materia. Il tema non può essere trattato in maniera esaustiva in questa sede, essendo solo collaterale rispetto agli argomenti di nostro interesse. Sembrano però doverosi dei cenni.

È indubbio che le peculiarità dell'impresa bancaria, che del resto costituiscono la *ratio essendi* di tutte le deroghe al diritto comune, rendono necessaria una maggiore responsabilizzazione anche della parte non esecutiva dell'organo amministrativo. Tuttavia, questo non deve indurre a ritenere attribuibile ai deleganti un irragionevole dovere di vigilanza generalizzata su tutte le attività degli amministratori delegati, quasi basata su una presunzione di incompletezza o scorrettezza dei flussi informativi provenienti dai delegati⁵⁹. Anzi, è necessario che si consolidi una visione esattamente opposta, fondata su una presunzione di correttezza di queste informazioni con conseguente rivisitazione della stessa teoria dei segnali di allarme⁶⁰.

⁵⁶ Così MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: tra Codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 6/2015, p.736 ss. che afferma: «[...] l'art. 2381 ha oggi chiarito inequivocabilmente che il consigliere senza deleghe non ha poteri ispettivi (cfr. art. 2381, comma 6°) [...]». Un sistema chiarificatore espressamente voluto dal legislatore della riforma che nessuna normativa secondaria può modificare [...]. Ma anche RIGANTI F., *op.cit.*, p. 94 con particolare riferimento alla nota 68 in cui l'autore richiama, tra gli altri, ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Rivista di diritto commerciale*, 10-12/2006, p. 692 secondo cui «[...] al singolo amministratore non è riconosciuto un autonomo potere (e correlativo dovere) individuale di indagine, ma le informazioni di cui abbisogna possono essere acquisite soltanto nell'ambito dell'organo collegiale [...].»

⁵⁷ Tra cui si vedano Cassazione n. 27365/2018; Cassazione n. 2577/2013.

⁵⁸ DE POLI M., *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2022, pp. 446 ss.

⁵⁹ DE POLI M., *op.cit.*

⁶⁰ Secondo DE POLI M., *op.cit.*, p. 458, spesso se ne è fatto «un espediente dialettico e logico che, come una bacchetta magica, trasforma in segnale di allarme ogni vicenda della vita sociale che, *ex post*, risulti legata da un nesso di causalità -anche se non adeguata- ad una perdita di patrimonio o a un'irregolarità gestionale». Cfr. ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)*, in TOMBARI U. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nelle S.p.a.*, Torino, Giappichelli, 2013, pp.95-129.

4. L'organo di controllo nei tre modelli di *corporate governance*

La Circolare 285/2013 attribuisce all'organo di controllo societario un ruolo preminente nel sistema dei controlli interni, di cui è parte integrante⁶¹. Esso vigila sul funzionamento del sistema dei controlli interni nel suo complesso, valutandone la composizione, il coordinamento mediante l'adeguatezza dei flussi informativi e l'efficacia operativa. Ai fini della valutazione del sistema dei controlli, l'organo può servirsi delle funzioni aziendali di controllo per eseguire gli opportuni accertamenti, ad esito dei quali, qualora rilevi carenze, è chiamato a promuovere interventi correttivi.

Il costante interscambio di informazioni con i responsabili delle funzioni aziendali di controllo è fondamentale al fine di consentire il corretto espletamento delle sue mansioni. Questo ruolo di rilievo non solo è esercitato rispetto al sistema di controlli interni già implementato dall'organo amministrativo, ma trova anche esplicitazione in una fase antecedente, che è quella della definizione progettuale del meccanismo dei controlli; il suo parere è inoltre necessario ai fini della nomina e della revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo.

Se si è detto che la predisposizione di adeguati assetti organizzativi è un momento gestorio, va da sé che le disposizioni della Banca d'Italia prevedano un coinvolgimento dell'organo di controllo nelle dinamiche gestorie; coinvolgimento che non può evidentemente spingersi fino ad incidere sulla gestione della società in modo da intralciare l'operato dell'organo amministrativo. Pertanto, non è attribuito all'organo di controllo un potere di veto sulle decisioni degli amministratori che attengono al sistema dei controlli interni. Tuttavia, poiché quest'organo svolge delle funzioni di grande rilievo ai fini dell'attività di vigilanza esterna, di cui, si ribadisce, esso funge da avamposto, non lo si è lasciato senza poteri di intervento. L'organo di controllo societario non è un operatore inerte, quasi un Serafino Gubbio pirandelliano, ma è vero e proprio regista⁶² nel sistema dei controlli interni, di cui supervisiona sia la fase costitutiva che quella operativa. Ad esso l'articolo 52 TUB⁶³ attribuisce il potere/dovere di informare l'autorità di vigilanza dei fatti o atti, di cui venga a conoscenza, che possano costituire irregolarità

⁶¹ Circolare 285, Parte Prima, IV, 1, 12, quarto cpv.

⁶² Così è efficacemente definito da RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 149.

⁶³ Si veda la specifica voce al Capitolo II della Parte prima di questo lavoro per un'analisi più precisa della norma.

nella gestione o violazioni del diritto bancario. Si tratta di una previsione di particolare rilievo, che attribuisce una certa forza all'organo di controllo societario, per quanto non dotato di un potere di intervento diretto sull'operato degli amministratori.

Rimane fondamentale, anche nel rapporto con l'organo di amministrazione, la regolarità del flusso informativo, che è la principale garanzia di un corretto funzionamento del sistema dei controlli. L'organo di controllo societario, infatti, fermo restando l'obbligo di informare la Banca d'Italia, è comunque tenuto a comunicare, all'organo con funzione di gestione e a quello con funzione di supervisione strategica, le carenze riscontrate nelle sue attività "ispettive".

Sebbene la Circolare 285 si approcci ai tre modelli di *governance* con neutralità, è possibile scorgere un qualche profilo di preoccupazione rispetto all'efficienza dell'organo di controllo e all'idoneità dello stesso a perseguire gli obiettivi prefissati, quando esso non assume la forma del collegio sindacale. Ed infatti, l'autorità di vigilanza chiarisce che le banche che adottano il modello dualistico e quello monistico devono prevedere delle idonee cautele statutarie, regolamentari ed organizzative, per prevenire i pregiudizi, in termini di efficacia dei controlli, che possano derivare dalla coincidenza nello stesso organo di funzioni di amministrazione e controllo⁶⁴. In caso di adozione del modello dualistico, si precisa, se al consiglio di sorveglianza è attribuita la funzione di supervisione strategica, o esso ha un numero elevato di componenti, deve essere costituito un apposito comitato per il controllo interno che adempia alle funzioni di cui si è detto sopra.

Gli interventi della Banca d'Italia, di cui si dirà a breve, tesi ad adattare i sistemi di amministrazione e controllo alternativi alle dinamiche di funzionamento del modello tradizionale, possono generare delle perplessità. Sembra infatti che talvolta tali interventi abbiano eliminato delle peculiarità dei modelli di *governance* snaturandoli in un tentativo di sovrapposizione al sistema tradizionale. Forse, però, più che un'omogeneizzazione delle discipline, sarebbe opportuno un intervento sistematico di normazione *ad hoc* per ogni modello, in modo da valorizzare i punti di forza di ciascuno ed arginarne gli elementi di fragilità.

⁶⁴ Circolare 285/2013 Parte Prima, IV, 1, 13.

4.1. Sistema tradizionale: il collegio sindacale

Nell'ambito delle società bancarie il collegio sindacale ha un ruolo particolare rispetto a quello rivestito nelle società di diritto comune⁶⁵, che gli deriva dall'essere, come si è più volte fatto notare, un avamposto dell'autorità di vigilanza all'interno dell'ente creditizio. Il collegio sindacale in questo contesto perde la funzione di organo preposto al controllo *ex post* dell'operato degli amministratori⁶⁶ e si rende protagonista del fondamentale processo di predisposizione del sistema dei controlli interni funzionale alla prevenzione dei rischi e alla realizzazione di una gestione sana e prudente. Come si è visto, infatti, l'organo di controllo è coinvolto nella predisposizione degli elementi essenziali che costituiscono il sistema dei controlli interni e nella nomina dei componenti dello stesso. La normativa di settore plasma, in questo modo, un collegio sindacale molto diverso dall'organo relegato alla funzione di controllo postumo di legittimità che conosciamo nel diritto comune. Il coinvolgimento nella fase di edificazione degli assetti di controllo ed il dovere di vigilare sulla completezza, funzionalità e adeguatezza delle strutture implementate, ne fanno un organo coinvolto nella gestione, parte integrante ed attiva delle dinamiche gestorie, fino ad estendere le sue valutazioni potenzialmente sino al merito delle decisioni dell'organo amministrativo⁶⁷.

⁶⁵ Sul punto la dottrina è molto vasta, si segnalano *ex multis* gli interventi di RIGANTI F., *Il controllo interno nelle banche tra collegio sindacale e funzioni aziendali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, n.6, pag. 1447. BISIGNANO V., *L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria.*, [Tesi di dottorato], Palermo: Università degli studi di Palermo, 2018, p. 109. LUCANTONI P., *Il collegio sindacale nelle banche. L'attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d'Italia*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, n. 2, pt. 1, pp. 166-195. PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nell'ambito del nuovo codice di autodisciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, 6/2022, pp. 1023-1049. Ancora PALMA G., *Il sistema dei controlli interni. L'incarico al collegio sindacale di organismo di vigilanza (documento della Banca d'Italia per la consultazione)*, in *Il Controllo nelle società e negli enti*, 6/2012, pp. 785-800. SANGUINETTI A., *Rischio di riciclaggio- Controlli interni, assetti organizzativi, compiti e responsabilità del Collegio sindacale negli intermediari finanziari*, in *Il Controllo nelle società e negli enti*, 2/2010, pp. 183-200. CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2003, n.1, pp. 251-266.

⁶⁶ RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, pp. 431-470.

⁶⁷ La disciplina speciale rende più chiare e precise le competenze del collegio sindacale. Riempie di contenuto ed estende le previsioni dell'articolo 2403 c.c. che si limita ad attribuire al collegio sindacale la funzione di vigilanza sul rispetto delle leggi e dello statuto, nonché sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione. Si spostano pertanto le funzioni del collegio ad una fase anteriore rispetto all'assunzione della decisione amministrativa fino a superare il modello di controllo *ex post* che sembra essere voluto da una lettura congiunta degli articoli 2381 e 2403 c.c. Forse è opportuno segnalare in questa sede che sulla stessa linea della Circolare 285 è l'articolo 149 TUF, che si applica alle Banche quotate. L'articolo è oggetto di interesse perché, come noto, le banche di grandi dimensioni hanno generalmente azioni quotate. La norma amplia le competenze previste dall'articolo 2403 c.c. attribuendo all'organo di controllo la vigilanza sul sistema di controllo interno e sulle modalità di attuazione delle norme in materia di *corporate*

Certo, rispetto al controllo sulle scelte imprenditoriali degli amministratori, è indubbio che quello del collegio sindacale sia un controllo limitato alla legittimità. Non sembra però che si possa dire lo stesso quando l'oggetto del controllo sono le scelte organizzative attinenti al sistema dei controlli interni, al RAF e al piano di continuità operativa. Rispetto a questi, infatti, la Banca d'Italia richiede che il collegio sindacale esegua una valutazione di completezza, adeguatezza, funzionalità ed affidabilità. Non pare che possano ritenersi questi degli accertamenti di mera regolarità formale.

In questo sembra che la tendenza dell'autorità di vigilanza sia stata quella di ridurre le distanze tra il collegio sindacale e gli organi di controllo degli altri due modelli di *corporate governance*, molto più legati alla gestione, essendo nati in contesti ordinamentali in cui sono ignoti i "controlli di professione". Proprio quest'avvicinamento alle peculiarità del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo sulla gestione può infatti contribuire ad un superamento dei limiti tipici del collegio sindacale, che sono per lo più ravvisabili nell'inefficacia dell'intervento sanzionatorio *ex post*⁶⁸. Questo potrebbe rendendolo preferibile ai primi due in quanto maggiormente garante di stabilità ed indipendenza. Ed infatti, i sindaci, diversamente dai consiglieri di sorveglianza, possono essere revocati solo per giusta causa⁶⁹, previa approvazione del Tribunale, e non nominano i membri dell'organo di gestione, a differenza di quanto si verifica nel modello dualistico. Né sorge per il collegio sindacale quel conflitto di interessi quasi endemico del sistema monistico, in cui si verifica inevitabilmente una commistione tra controllori e controllati.

Memore dei limiti che hanno indotto all'introduzione delle funzioni di *internal governance*, il diritto bancario costruisce un meccanismo dei controlli in cui la supervisione nel *continuum* dell'attività aziendale, sostanzialmente ineseguibile dal collegio sindacale, è affidata alla funzione di *Internal Audit*, mentre al collegio sindacale è rimessa la funzione di controllore dei controlli, vertice del sistema di controllo. Proprio

governance. L'articolo impone inoltre ai sindaci di comunicare alla Consob le irregolarità riscontrate nello svolgimento dell'attività di controllo.

⁶⁸ Sul tema dei limiti del funzionamento dell'organo si veda D'AMATO A., GIANNIZZARI R., *L'inefficacia del controllo del collegio sindacale. Una evidenza empirica dal settore bancario italiano*, in *Banca impresa società*, 2/2014, pp.225-262.

⁶⁹ L'articolo 2409 *duodecies* comma 5 del Codice civile prevede che membri del consiglio di sorveglianza sono revocabili *ad nutum* dall'assemblea se c'è il voto favorevole di almeno 1/5 del capitale sociale. I sindaci invece possono essere revocati solo per giusta causa e la decisione dell'assemblea deve essere sottoposta al vaglio del tribunale.

il continuo confronto con la funzione di *Internal Audit* risulta fondamentale ai fini del corretto espletamento delle funzioni del collegio sindacale, che non può prescindere da informazioni corrette e aggiornate relative alle dinamiche interne all'impresa. Sul rapporto con la funzione di controllo di terzo livello si tornerà più avanti, per avanzare una serie di proposte di riforma. Ma in questa sede va sottolineato che più in generale, le funzioni aziendali di controllo assumono rispetto al collegio sindacale un ruolo di strumentalità. Esse supportano i sindaci nella loro attività di vigilanza sui controlli, senza deresponsabilizzare gli stessi⁷⁰. In sintesi, le funzioni aziendali di controllo costituiscono uno strumento diagnostico che non si sostituisce ai cinque sensi del collegio sindacale, ma li amplifica. Esse sono un'estensione sensoriale del collegio sindacale che, non ne risulta deresponsabilizzato, ma, al contrario, dotato di strumenti che rendono ancor più difficile giustificare carenze e mancanze.

Per chiarire ulteriormente cosa si intende per spostamento *ex ante* della funzione di controllo è utile soffermarsi sull'articolo 52 TUB. Sebbene infatti il collegio sindacale non sia dotato di un potere di veto sulle decisioni dell'organo amministrativo, il che evita che possano esserci delle problematiche situazioni di stallo nella gestione dell'impresa bancaria, esso può accendere un riflettore dell'autorità di vigilanza su atti o fatti che possano costituire irregolarità nella gestione. La lettera dell'articolo 52 TUB si riferisce

⁷⁰ Interessante a questo proposito è la sentenza della Sez. I della Corte d'Appello di Venezia del 22 marzo 2018 commentata da RIGANTI F., *Il controllo interno nelle banche tra collegio sindacale e funzioni aziendali*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, n.6, pp. 1447 ss. La sentenza riguarda il caso della Banca Popolare di Vicenza S.p.a. La vicenda riguarda delle sanzioni pecuniarie emesse dalla Consob nei confronti di esponenti aziendali della banca, tra cui il presidente dell'organo di controllo, per irregolarità commesse nella gestione; tra queste la mancanza della predisposizione di strutture organizzative idonee ad assicurare un corretto svolgimento delle attività di investimento della banca, nonché l'inadeguatezza dei flussi informativi interni alla banca e nei confronti dell'autorità di vigilanza. Sebbene le tematiche trattate dalla Corte siano molteplici, in questa sede ciò che maggiormente interessa è l'interpretazione particolarmente calzante che i giudici danno della figura del collegio sindacale. Questo assurge evidentemente a organo di vertice del sistema dei controlli interni nella misura in cui si descrivono le funzioni aziendali come dei meri ausiliari dei sindaci, che non esonerano questi ultimi dal controllare la correttezza dei flussi informativi e dal vigilare autonomamente l'operato dell'organo amministrativo. Il collegio può servirsi delle funzioni aziendali per recuperare quelle asimmetrie informative che gli derivano dal non essere calato nella quotidianità operativa del contesto aziendale, ma non per deresponsabilizzarsi nel caso la sua attività di controllo sia pigra o inerte. L'inidoneità delle funzioni aziendali di controllo deve essere rilevata e corretta dallo stesso collegio sindacale e non utilizzata come scriminante. Stesso discorso, secondo la corte vale per le condotte fraudolente dei vertici aziendali, che non possono giustificare la miopia informativa dei sindaci, che sono anzi proprio chiamati a smascherare congegni di questo tipo. La Corte di Venezia, nel confermare le sanzioni, fornisce una visione del collegio sindacale finalmente consapevole del mutamento che l'organo ha conosciuto nel contesto del diritto bancario, e che probabilmente è auspicabile che gradualmente sia recepito anche dal diritto comune. Secondo questo nuovo punto di vista il collegio sindacale assurge a custode e garante di una **funzione di controllo dal connotato strategico, che si colloca nel momento *ex ante* della programmazione e non più nella fase successiva del sanzionamento.**

chiaramente ad irregolarità potenziali, senza alcun riferimento all'elemento del danno, che è il connotato determinante la gravità del fatto. Ne deriva che i sindaci debbano rilevare le irregolarità prima che queste arrechino effettivamente un danno alla società, effettuando quindi una valutazione *ex ante*. In questo la norma differisce dalla denuncia al tribunale di cui all'articolo 2409 c.c. e da quanto previsto dall'articolo 149 TUF, in cui ai sindaci è chiesto di attivarsi in caso di irregolarità già accertate o che comunque siano connotate da potenziale lesività per gli interessi della società. L'articolo 52 fornisce, quindi, un supporto normativo alla posizione di quanti sostengono che il diritto bancario ha realizzato uno spostamento delle funzioni dell'organo di controllo ad una fase antecedente a quella di mera valutazione di legittimità di atti già compiuti.

4.2. Sistema monistico: il comitato per il controllo sulla gestione

La Circolare 285 attribuisce all'assemblea il potere di nominare e revocare i membri del comitato per il controllo sulla gestione⁷¹, che devono essere almeno tre e che presentano i requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza di cui all'articolo 26 TUB⁷². Questa differenza rispetto a quanto previsto dal diritto comune consente di attenuare la principale criticità che connota il sistema monistico, ossia la nomina dei controllori da parte dei controllati. È infatti una previsione finalizzata ad avvicinare il comitato per il controllo sulla gestione al collegio sindacale, estendendo al sistema monistico quelli che l'autorità ritiene siano i punti di forza del modello tradizionale. Questo tipo di intervento, per quanto presenti il pregio di aver conferito all'organo di controllo più indipendenza, non è stato indenne da manifestazioni di comprensibile scetticismo, dato che esso in qualche modo snatura il modello monistico, privandolo della sua principale peculiarità⁷³. La Circolare prevede ulteriori forme di estensione al comitato per il controllo sulla gestione di prerogative del collegio sindacale, sopperendo in tal modo alle lacune del

⁷¹ Si tratta comunque di amministratori, anche se non esecutivi. Ciò è coerente con l'obiettivo del sistema monistico di eliminazione della dicotomia propria del sistema tradizionale in cui la funzione di controllo e quella di gestione sono attribuite a due organi diversi. Così CREMONA B.M., *L'adozione del sistema monistico nel contesto bancario italiano: riflessioni statutarie e primo bilancio*, in, *Rivista di diritto societario*, 2/2020, p. 517.

⁷² I medesimi requisiti devono essere integrati da tutti i membri che compongono l'organo di controllo, indipendentemente dalla forma da esso assunto.

⁷³ Così RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 126.

diritto comune. Tra queste, significativa è la previsione di cui alla Parte prima, IV, 1, 15, che dispone che lo statuto della banca deve attribuire ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione il potere di procedere, anche individualmente⁷⁴, ad atti di ispezione o controllo. Ad attenuare ulteriormente le difficoltà che derivano dalle carenze normative è poi lo stesso intervento dell'autonomia privata con le proprie disposizioni statutarie⁷⁵.

Nonostante gli interventi di tendenziale equiparazione del comitato per il controllo sulla gestione al collegio sindacale, rimane il dato incontrovertibile di una certa interconnessione tra la funzione di controllo e quella di gestione. Ciò si ravvisa soprattutto nella possibilità per i membri dell'organo di controllo di partecipare alle decisioni del consiglio di amministrazione. Questo, secondo qualcuno, costituisce un elemento di forza del modello perché consente ai controllori di disporre di un patrimonio informativo particolarmente completo e permette pertanto agli stessi un esercizio più efficiente della loro funzione. La rapidità nel dialogo tra i due organi di certo velocizza le decisioni e risolve problemi di efficienza legati a rallentamenti "burocratici". Del resto, la ragione per cui Intesa Sanpaolo e la fu UBI Banca hanno prediletto il sistema monistico al tradizionale è proprio la maggiore vicinanza dell'organo di controllo a quello gestorio. Per alcune osservazioni su quest'ultima precisazione si rimanda, però, a quanto già detto sopra esponendo il sistema monistico in linee generali e ricordando il rinnovato e peculiare ruolo del collegio sindacale nel diritto bancario. Non si deve, inoltre, sopravvalutare la snellezza del sistema monistico, dal momento che l'introduzione dello stesso nel nostro ordinamento è stata segnata da una serie di errori del legislatore che lo hanno reso non meno problematico degli altri due sistemi, in termini di sovrapposizioni funzionali tra gli organi. Ma di questo si dirà più avanti in maniera maggiormente dettagliata (vd. capitolo III, §2).

⁷⁴ In CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale: 2, Diritto delle società*, Torino, Utet, 2020 alla nota 28 p. 434 si precisa che nelle società di diritto comune non quotate organizzate secondo la forma del sistema monistico la maggioranza della dottrina è conforme nel ritenere che il potere ispettivo sia attribuito anche individualmente a ciascun membro del comitato per il controllo sulla gestione. Non così nelle quotate. C'è tuttavia una tendenza della dottrina a riconoscere l'applicabilità della stessa anche alle quotate, tra questi GIORGI V., *Libertà di informazione e dovere di riservatezza degli amministratori nei gruppi di società*, Giappichelli, Torino, 2005.

⁷⁵ Per una analisi più approfondita del tema cfr. CREMONA B.M., *L'adozione del sistema monistico nel contesto bancario italiano: riflessioni statutarie e primo bilancio*, in, *Rivista di diritto societario*, 2/2020, pp. 507-554 che analizza gli statuti di Intesa Sanpaolo e UBI banca, nonché MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2016, pp. 9-22.

4.3. Sistema dualistico: il consiglio di sorveglianza

L'articolo 2409 *novies* c.c. rimette la competenza esclusiva alla gestione dell'impresa al consiglio di gestione. Come si è visto sopra, tuttavia, ad attenuare questo carattere di esclusività è la possibilità, prevista dall'articolo 2409 *terdecies* lettera *f bis* c.c., di attribuire al consiglio di sorveglianza funzioni di alta amministrazione. Sebbene la Circolare 285, al fine di evitare sovrapposizioni di competenze, preveda la necessità che in questi casi siano specificate statutariamente le decisioni strategiche di competenza del consiglio di sorveglianza, è innegabile che un meccanismo di questo tipo realizzi un depauperamento delle funzioni del consiglio di gestione. Gli effetti negativi di una norma di tal fatta evidentemente, però, non si realizzano solo sulla gestione, ma anche sulla funzione di controllo che è tipica del consiglio di sorveglianza⁷⁶. È concreto il rischio che si configuri una situazione in cui i controllori sono chiamati a vigilare su delle linee di gestione che essi stessi hanno contribuito a realizzare⁷⁷. Questo evidentemente inficia l'indipendenza oltre che l'efficacia dei controlli. Proprio al fine di arginare questo rischio la Circolare 285 prevede che, nel caso in cui al consiglio di sorveglianza sia rimessa la funzione di alta amministrazione, venga istituito un comitato per il controllo interno in seno allo stesso consiglio di sorveglianza. Si badi che la nota 15 della Parte prima, IV, 1, 21 della Circolare chiarisce che il comitato per il controllo interno è diverso dai comitati previsti dal §2.3.1 lettera *a*, quindi dai comitati rischi, nomine e remunerazioni. Si tratta di una precisazione importante perché dà evidenza della specifica funzione di questo comitato, che non è di ausilio all'organo di controllo, ma è esso stesso organo di controllo. Tant'è che la nota prosegue specificando che «quando il consiglio di sorveglianza non svolge funzione di supervisione strategica, il comitato per il controllo interno e la revisione contabile si identifica con l'intero consiglio di sorveglianza». La differenza con

⁷⁶ In tema si veda LOPREIATO S., *Le autorità di vigilanza di fronte alla «governance» dualistica delle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2007, pp. 491-510. L'autore si sofferma su una pluralità di conseguenze negative dell'attribuzione al consiglio di sorveglianza delle funzioni di alta amministrazione. Tra queste anche il moltiplicarsi del rischio di conflitto di interessi che potrebbe estendersi dalla sola funzione gestoria anche a quella di controllo attribuita *de facto* di poteri gestori, vd. p. 493.

⁷⁷ Così PORTALE G.B., *La «Corporate governance» delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, p. 57: «Il consiglio di sorveglianza è chiamato, nelle banche, ad assumere decisioni rispetto ad un ampio spettro di materie e in un certo numero di casi, pure a definire il contenuto delle stesse, con corrispondente svuotamento del ruolo assegnato al consiglio di gestione». Si veda anche BALP G., STRAMPELLI G., *Il sistema dualistico nel settore bancario tedesco: lo statuto e i regolamenti di deutsche Bank AG*, in *Rivista delle società*, 4/2008, pp. 760-764.

gli altri comitati endo-consiliari si ravvisa anche nella composizione del comitato per il controllo interno. La Circolare prevede infatti che esso sia composto da soggetti dotati di adeguati requisiti di professionalità e tutti indipendenti (riprendendo sostanzialmente gli stessi requisiti di cui devono essere dotati i sindaci). Sempre al fine di garantire l'indipendenza della funzione, si prevede che non possa farne parte il presidente del consiglio di sorveglianza, quando questo è investito della funzione di supervisione strategica. Nell'ottica di un'equiparazione con il collegio sindacale dell'organo di controllo dei sistemi di gestione alternativi, la Circolare prevede altresì che lo statuto assegni all'organo compiti e poteri che gli consentano di fungere da presidio dell'autorità di vigilanza *ex* articolo 52 TUB⁷⁸.

Se il quadro fin d'ora delineato è probabilmente il solo a garantire una certa indipendenza dell'organo di controllo nei casi in cui sia applicata l'ormai nota lettera *f bis*, non si può non vedere come esso generi delle perplessità di non poco momento. Prima di tutto, la concentrazione della funzione di controllo in un gruppo ristretto di consiglieri di sorveglianza genera inevitabilmente delle asimmetrie informative rispetto ai consiglieri esclusi dal comitato. Asimmetrie che non possono essere colmate confidando in una funzione di raccordo del presidente del consiglio di sorveglianza, in quanto è egli stesso escluso dal comitato. C'è poi da considerare il ruolo dei consiglieri di sorveglianza che non fanno parte del comitato, i quali potrebbero trovarsi a vedere le proprie funzioni sovrapposte a quelle dei consiglieri di gestione non esecutivi, anch'essi investiti della funzione di supervisione strategica⁷⁹. Insomma, si realizza una serie di inopportune sovrapposizioni che, a parere di chi scrive, rendono forse doveroso interrogarsi sulla necessità di un intervento normativo che porti a meglio distribuire le diverse funzioni, partendo proprio dall'opportunità della lettera *f bis*.

5. Le funzioni aziendali di controllo

Come si è anticipato nella ricostruzione storica introduttiva, dopo la Seconda guerra mondiale si assiste ad un graduale mutamento del sistema economico del Paese, che

⁷⁸ Circolare 285 Parte prima IV, 1, 13.

⁷⁹ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, pp.130 e 131.

conobbe una sempre crescente centralità delle imprese. Come conseguenza di questa situazione, i controlli interni persero quel ruolo di marginalità cui era stato a lungo relegato. Fu in questo contesto che ci si rese conto dei limiti del funzionamento del collegio sindacale che ormai sono noti. Nacque, soprattutto su impulso comunitario, una nuova stagione dei controlli segnata dall'emersione dell'*internal governance*, prima di tutto nel settore bancario e finanziario. Gli orientamenti comunitari in materia furono recepiti dalla Banca d'Italia e tutta la normativa a riguardo sistematicamente e organicamente ordinata da ultimo nella Circolare 285 del 2013, di cui si è già detto nel capitolo dedicato alle fonti.

Come è stato segnalato, il mutato approccio ai controlli interni è evidente se si guarda a come è cambiato il titolo di questa norma. Dal *Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale* della Circolare 229 del 1999, al *Sistema dei controlli interni* della formulazione odierna⁸⁰. Ebbene, da ciò emerge inequivocabilmente l'integrazione nel nostro ordinamento dell'*internal governance*, che segna la fine del monopolio del collegio sindacale e l'affermazione ed il consolidamento del cd. *three-lines-of-defence model*⁸¹. Questo modello piramidale si fonda non già su organi, bensì su funzioni organizzate su tre livelli. Ciò consente di osservare un principio di neutralità rispetto ai diversi modelli di *governance*.

Il primo livello è quello relativo ai controlli di linea, che intervengono già in fase operativa. Il secondo ed il terzo livello si innalzano invece dall'arena dell'operatività. In particolare, il secondo livello è bipartito in una funzione di Controllo sulla conformità (*Compliance*) e una funzione di Controllo sui rischi (*Risk management*). Al vertice di questo complesso organizzativo è poi la funzione di Revisione interna (*Internal audit*), che valuta periodicamente l'adeguatezza, la completezza e l'affidabilità del sistema dei controlli interni, nonché la violazione di regolamenti e procedure. Si è venuto in tal modo a definire un sistema di controlli che si articola su due versanti: da una parte i controlli societari, rivolti ai soggetti titolari del potere di decidere; dall'altra quelli aziendali, rivolti

⁸⁰ Così MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023, p. 72.

⁸¹ EBA, *Guidelines on Internal Governance*, §22, 2017. Si veda in argomento MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MIFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, DE MARI M. (a cura di), Padova, CEDAM, 2009, pp. 31-46.

ai soggetti titolari del potere di operare. Due facce della stessa medaglia, entrambe indispensabili ai fini di rendere *accountable* la gestione di un'impresa⁸².



Tornando ai controlli aziendali, ciascuna delle funzioni sarà oggetto di analisi nelle pagine che seguiranno. In questa sede preliminare sono pertanto opportune solo delle precisazioni di carattere generale, in particolare relativamente alle funzioni di secondo e terzo livello. Secondo la Circolare 285 esse sono permanenti ed indipendenti. Pertanto, se, sulla base del principio di proporzionalità, è possibile affidare ad un'unica struttura lo svolgimento delle funzioni di *compliance* e *risk management*, non è in alcun modo possibile riunire le stesse alla funzione di *Internal audit*, che su esse vigila. Al fine di garantirne l'indipendenza, la Circolare 285 prevede che le funzioni aziendali di controllo sono separate dal punto di vista organizzativo e le rispettive competenze sono precisamente formalizzate. Inoltre, sottolinea la necessità che il personale preposto sia adeguato numericamente e abbia le competenze necessarie, disponendo altresì che esso sia coinvolto in programmi di formazione e aggiornamento periodici nonché meccanismi di rotazione tra le diverse funzioni. Contribuisce di certo all'indipendenza anche l'utilizzo in autonomia di risorse economiche a disposizione dei responsabili delle funzioni⁸³.

⁸² Così MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2009, n. 1, pp. 89-103. Ma anche MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo*, *op.cit.*, p. 32.

⁸³ [...] «Tali funzioni dispongono dell'autorità, delle risorse (umane, economiche, tecnologiche e informatiche, ecc.) e delle competenze necessarie per lo svolgimento dei loro compiti. Le funzioni sono

Imprescindibile ai fini del corretto funzionamento di questo meccanismo è la regolarità e completezza dei flussi informativi tra queste funzioni. È proprio la norma in esame a prevedere espressamente che le funzioni di controllo di secondo livello informino *l'Internal audit* delle irregolarità riscontrate nell'esercizio delle loro attività. Del resto, anche la funzione al vertice del sistema piramidale è tenuta ad informare le altre funzioni aziendali degli esiti dei propri controlli, al fine di correggere tempestivamente le carenze riscontrate.

I flussi informativi⁸⁴, oltre che garantiti tra le funzioni, devono essere assicurati anche nei confronti degli organi aziendali, rispetto ai quali le funzioni di controllo aziendale sono in una posizione di gerarchica subordinazione⁸⁵. In particolare, la continua interlocuzione

dotate di sistemi informativi e di supporto adeguati e hanno accesso ai dati aziendali e a quelli esterni necessari per svolgere in modo appropriato i propri compiti. Le risorse economiche, eventualmente attivabili in autonomia, permettono, tra l'altro, alle funzioni aziendali di controllo di ricorrere a consulenze esterne. Il personale è adeguato per numero, competenze tecnico-professionali, aggiornamento, anche attraverso l'inserimento di programmi di formazione, anche esterni, nel continuo. Al fine di garantire la formazione di competenze trasversali e di acquisire una visione complessiva e integrata dell'attività di controllo svolta dalla funzione, la banca formalizza e incentiva programmi di rotazione delle risorse, tra le funzioni aziendali di controllo» (Circolare 285 Parte prima, IV, 3, 19).

⁸⁴ L'efficacia ed efficienza di regolari flussi informativi tra le funzioni aziendali e tra esse e gli organi societari è una condizione imprescindibile ai fini della realizzazione di una gestione sana e prudente dell'impresa bancaria. Lo stesso testo della Circolare 285 rende spesso evidente questo stato delle cose. L'organo di controllo si avvale di flussi informativi provenienti dalle strutture di controllo interno per esercitare le sue funzioni (Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 14 lettera *a*). Uguale utilità essi assumono nell'esercizio delle funzioni del Comitato Rischi e nei suoi rapporti con l'organo di controllo (Parte prima, IV, 1, 23). La Sezione V del Capitolo 1, Titolo IV della Parte prima della Circolare è dedicata specificamente ai flussi informativi come elemento fondamentale del funzionamento degli organi aziendali. In questa sede la Circolare sottolinea che la tempestività dei flussi informativi e l'adeguatezza degli stessi alla complessità delle decisioni da assumere è importante per valorizzare i diversi livelli di responsabilità degli organi aziendali. Si ricordi a riguardo quanto si è detto sul dovere di agire informati degli amministratori e sul relativo regime di responsabilità. Lo scambio regolare di informazioni attendibili è uno strumento fondamentale per rilevare problematiche tempestivamente e con altrettanta rapidità apportare correzioni. È pertanto importante un processo di graduale informatizzazione di questi flussi che agevoli la rapidità garantendo però la sicurezza dei dati trasmessi. Si badi che questi dati, per essere correttamente sfruttati, non devono costituire un magma informe e caotico ma vanno organizzati mediante processi di sistematizzazione che la banca deve accuratamente predisporre e implementare. Cfr. DE POLI M., *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2022, pp. 446 ss. BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 2/2019, pp. 413 ss. MERUZZI G., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, Cedam, 2013, pp. 153 ss. Interessante sul tema è anche la lettura di SERAFIN G., LAURO A., *La governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale*, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca' Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, §6, in special modo p. 172.

⁸⁵ «I responsabili della funzione di controllo dei rischi e della funzione di conformità alle norme hanno, in ogni caso, accesso diretto all'organo con funzione di supervisione strategica e all'organo con funzione di controllo e comunicano con essi senza restrizioni o intermediazioni; il responsabile della funzione di revisione interna ha accesso diretto all'organo con funzione di controllo e comunica con esso senza restrizioni o intermediazioni» (Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 20).

con l'organo amministrativo è necessitata da un crescente coinvolgimento delle funzioni aziendali di controllo nel momento gestorio dell'impresa bancaria. Le funzioni aziendali di controllo si configurano come un supporto, un ausilio, all'attività amministrativa. Esse sono una «*longa manus* operativa degli organi di *governance*, i quali, secondo le rispettive competenze, si avvalgono del lavoro di tali strutture»⁸⁶. Del resto, non può esservi alcuna forma di contrapposizione tra amministrazione e controllo, posto che la necessaria supervisione del corretto adempimento delle istruzioni provenienti dall'organo amministrativo rende le funzioni di controllo un momento essenziale della gestione stessa.

Le funzioni aziendali di controllo si collocano dunque nella dimensione dell'impresa e non in quella societaria, e si converrà che la differenza è notevole. Si tratta di una visione delle cose che ha faticosamente preso piede negli ultimi anni, in quanto l'affermarsi dell'*internal governance*, nella concezione su cui si sta insistendo, è stata lungamente minata da due errori sostanziali della dottrina e della giurisprudenza prima ancora che del legislatore: dimenticare l'*impresa* e non scorgere nell'attività bancaria un'attività di impresa.

Cosa vuol dire dimenticare l'impresa⁸⁷? Ma ancor prima, con che accezione ci riferiamo al concetto di impresa? L'accezione che in questo contesto interessa non attiene ai risultati dell'attività economica esercitata ma all'«*agire proprio e caratterizzante del soggetto imprenditore*»⁸⁸. Per impresa si intende l'agire dell'imprenditore dal concepimento dell'idea imprenditoriale fino ai risultati della sua realizzazione. Nell'ambito dell'impresa esercitata in forma societaria il controllo è insito in questo *agire*. Ma, si badi, la società è una forma di esercizio dell'attività di impresa ancor prima che il soggetto che esercita l'impresa, e questa consapevolezza è stata per troppo tempo carente. Proprio tale carenza ha condotto a lungo, non solo nel nostro ordinamento per la verità, a concentrarsi sulla rilevanza dei controlli societari nell'assenza di alcun riferimento all'*internal governance*. Ma i controlli sono prima di tutto un momento dell'agire, una fase della gestione. I

⁸⁶ Così DE MARI, *Autorità e libertà nella disciplina dell'intermediazione mobiliare*, Roma, Aracne, 2010, p. 151.

⁸⁷ A tal riguardo contributo di particolare chiarezza è quello di FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 115-139, cui si rimanda per una analisi più approfondita del tema.

⁸⁸ FERRO-LUZZI P., *op. cit.*, p. 122.

controlli aziendali sono funzionali alla gestione a prescindere da una specifica previsione normativa, che pure, ad un certo punto, è arrivata.

La regolamentazione interna alla banca individua per ciascuna funzione aziendale di controllo le specifiche competenze, responsabilità e modalità operative. «Le funzioni di conformità alle norme e di controllo dei rischi presentano annualmente agli organi aziendali, ciascuna in base alle rispettive competenze, un programma di attività, in cui sono identificati e valutati i principali rischi a cui la banca è esposta e sono programmati i relativi interventi di gestione. La programmazione degli interventi tiene conto sia delle eventuali carenze emerse nei controlli, sia di eventuali nuovi rischi identificati. Invece, la funzione di revisione interna presenta annualmente agli organi aziendali un piano di *audit*, che indica le attività di controllo pianificate, tenuto conto dei rischi delle varie attività e strutture aziendali; il piano contiene una specifica sezione relativa all'attività di revisione del sistema informativo (*ICT auditing*)⁸⁹ ». Al termine del ciclo della gestione, poi, le funzioni, nell'ambito delle rispettive competenze, presentano una relazione riepilogativa dell'attività svolta e delle risultanze della stessa, fermo restando comunque l'obbligo delle stesse di avvertire tempestivamente gli organi aziendali delle irregolarità rilevate nell'ambito dell'esercizio delle loro attività.

5.1. I Controlli operativi

I Controlli di primo livello, o Controlli di linea, sono finalizzati a garantire che le operazioni svolte nel quotidiano esercizio delle attività dell'impresa siano eseguite in maniera corretta. Sono controlli effettuati dalle strutture produttive, nel *back office* o direttamente implementati nelle procedure informatiche⁹⁰. Queste strutture devono individuare, valutare e ridurre i rischi insiti nell'esercizio dell'attività di impresa bancaria nell'osservanza degli obiettivi di rischio fissati.

⁸⁹ Circolare 285 Parte prima, IV, 3, 21.

⁹⁰ Le informazioni sulle specifiche funzioni sono state reperite sul sito internet di Unicredit all'indirizzo <https://www.unicreditgroup.eu/it/governance/our-control-systems.html>. In generale, sulla pagina web della maggioranza delle banche, specialmente se significative, una specifica sezione è dedicata alla *governance* e all'esplicitazione delle attribuzioni dei diversi organi societari e delle funzioni di controllo.

5.2. Risk management e compliance

Risk management: le cicliche crisi globali che hanno interessato il sistema finanziario ed economico, da ultima quella dei *subprimes* statunitensi, hanno reso evidente quanto fondamentale sia per le banche individuare i rischi connessi all'esercizio delle proprie attività e gestire gli stessi in maniera efficiente. Del resto, proprio le banche che hanno implementato efficienti meccanismi di riconoscimento e gestione dei rischi hanno reagito meglio alla crisi e sono state maggiormente in grado di sopportarne le conseguenze⁹¹. Da qui la rilevanza della funzione di *risk management*, che risponde proprio a quest'esigenza. La Circolare 285 prevede che la funzione di controllo dei rischi debba essere organizzata in modo da perseguire in maniera efficiente l'obiettivo di definizione e governo dei rischi, se necessario articolandosi in relazione ai singoli profili di rischio⁹², ma sempre

⁹¹ In questo senso TARANTOLA A.M., *Il ruolo del risk management per un efficace presidio dei rischi: la lezione della crisi*, 2011.

⁹² Il rischio può assumere diversi connotati: può configurarsi come rischio di credito (consiste nel rischio di subire perdite su crediti concessi in caso di inadempimento del debitore), rischio di controparte (è il rischio che la controparte di una transazione finanziaria avente ad oggetto strumenti finanziari sia inadempiente prima del regolamento della transazione), rischio di mercato (deriva dall'operare su mercati di strumenti finanziari che rientrano nel portafoglio di negoziazione ai fini di vigilanza, valute e merci), rischio operativo (rischio di subire perdite a causa dell'inadeguatezza o inefficienza dei flussi informativi o delle strutture operative), rischio di leva finanziaria (rischio che deriva da un eccessivo indebitamento a fronte dell'ammontare dei mezzi propri della banca), rischio di tasso di interesse (consiste nell'esposizione economico-patrimoniale della banca a variazioni sfavorevoli dei tassi di interesse), rischio di liquidità (riguarda il rischio che la banca non sia in grado di fare fronte ai propri impegni di pagamento), rischio strategico (rischio di flessione di utili o di capitale come conseguenza di alterazioni della continuità aziendale derivanti da scelte strategiche sbagliate o attuazione erronea delle decisioni). Per una analisi approfondita dei vari rischi è possibile consultare i siti internet delle principali banche italiane, tra questi si è tenuto in considerazione quello di Mediobanca, all'indirizzo <https://www.mediobanca.com/it/investor-relations/principali-rischi.html>. Sempre più centrale è poi il rischio reputazionale, che può comportare delle flessioni di utili o del capitale in conseguenza di una immagine negativa che si diffonde sul mercato di un certo intermediario. Un solido sistema dei controlli interni può incidere in maniera molto positiva sulla reputazione della banca essendo garanzia di buona *governance*, stabilità e credibilità. La grande volatilità dei mercati e la rapidità di diffusione delle informazioni attraverso i *mass media* hanno reso ancor più palese la necessità di costruire una reputazione di affidabilità che generi fiducia nel mercato. Ma ancora, alla luce dei mutamenti del contesto culturale ed economico, i rischi emergenti che la funzione di *risk management* deve tenere in considerazione sono molteplici. Tra questi assumono particolare rilievo i rischi connessi allo sviluppo tecnologico quali ad esempio i rischi di *cyber attack*. In un *report* di McKinsey e dell'*Institute of International Finance* risalente ad ottobre 2017 e riguardante le prospettive della funzione di *Risk management* nelle imprese finanziarie nell'era digitale (*The future of Risk management in the digital era*), è emerso come siano crescenti i costi relativi alla gestione di rischi connessi all'utilizzo di *asset* digitali nonché come sia crescente il rischio sistemico legato alla digitalizzazione delle attività produttive. L'affidabilità dei processi di gestione del rischio di attacchi informatici e perdite connesse al *cyber crime* è fondamentale per garantire la stabilità e la salute dell'ente creditizio. Questi rischi sono tra l'altro resi ancor più insidiosi dal difficile quadro geopolitico che si va delineando con l'apertura di conflitti su più fronti, *in primis* la guerra in Ucraina e quella tra Israele e Hamas. Nel novembre 2023 un'indagine dei Lloyd's di Londra ha evidenziato che un attacco informatico al sistema dei pagamenti potrebbe avere un grave effetto sistemico raggiungendo danni per 3,5 trilioni di dollari. Sono stati numerosi gli interventi di esponenti della BCE finalizzati ad orientare le autorità nazionali e gli intermediari verso una crescente attenzione alla

mantenendone una visione di insieme⁹³. La norma ne individua poi una pluralità di funzioni⁹⁴:

1. Propone i parametri qualitativi e quantitativi per la definizione del RAF e ne valuta l'adeguatezza;
2. Verifica nel continuo l'adeguatezza del processo di gestione dei rischi e dei limiti operativi;
3. Monitora il rischio effettivo assunto dall'impresa bancaria e ne valuta la coerenza con gli obiettivi di rischio;
4. Coadiuvata gli organi aziendali nella valutazione del rischio strategico;
5. Sviluppa e applica indicatori in grado di individuare situazioni di anomalia nei sistemi di misurazione e controllo dei rischi;
6. Dà pareri preventivi sulla coerenza con il RAF di operazioni particolarmente rilevanti e, in caso di parere negativo su operazioni diverse da quelle deliberate direttamente dall'organo con funzione strategica o di gestione, sono adottate delle procedure di *escalation*;
7. In caso di violazione del RAF, ne valuta cause ed effetti ed informa le unità operative interessate nonché gli organi aziendali. Propone misure correttive;
8. Verifica l'adeguatezza e l'efficacia delle misure correttive adottate;

Se si valutano con attenzione le ultime competenze elencate, emerge una prima fonte di perplessità: la funzione di gestione del rischio non può esercitare un potere di veto sulle operazioni degli amministratori che non approva, semmai può solo determinare la necessità di eseguire le stesse secondo una procedura qualificata. Eppure, dalla lettura degli Orientamenti dell'EBA sulla *governance* interna⁹⁵ sembra emergere un'esigenza diversa. Infatti, in questa sede si dispone espressamente che il responsabile della funzione di gestione dei rischi dovrebbe poter mettere in discussione le decisioni dell'alta dirigenza

materia e tempestivi interventi in risoluzione delle criticità. Tra i numerosi interventi si vedano <https://www.cybersecitalia.it/lallarme-di-piero-cipollone-bce-gli-attacchi-informatici-sono-un-rischio-sistemico-per-la-stabilita-del-sistema-finanziario-europeo/28463/>; <https://www.cybersecitalia.it/attacchi-informatici-andrea-enria-bce-nel-2024-effettueremo-stress-test-per-le-banche-vigilate/27135/>.

Cfr. CHIMIANTI M.T., KOCHANSKA U., PINNA A., *Understanding the crypto-asset phenomenon, its risks and measurement issues*, ECB, *Economic Bulletin*, 2019.

⁹³ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 23.

⁹⁴ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 23, 24, 25.

⁹⁵ Orientamenti in materia di *governance* interna ai sensi della direttiva 2013/36 (EU) come da testo aggiornato nel 2021.

e dell'organo di gestione, auspicabilmente mediante l'esercizio di un diritto di veto dalla portata ben circostanziata⁹⁶. La scelta della Banca d'Italia è stata però quella di non attribuire alle funzioni di *risk management* questa prerogativa. Appare naturale, pertanto, chiedersi quanto possa essere efficace la funzione di controllo se privata di poteri di intervento e relegata sostanzialmente alla mera raccomandazione. Pur rimanendo irrisolta questa incongruenza, ad attenuare i dubbi è secondo una parte della dottrina la coerenza di una previsione di questo tipo con la disciplina che l'autorità di vigilanza attua in materia di responsabilità nell'ambito dei controlli interni, che rimane in capo degli organi gestori nell'osservanza dei principi di corretta amministrazione di cui all'articolo 2392 c.c.⁹⁷.

In effetti, l'attribuzione di un diritto di veto genererebbe una scissione tra potere decisorio e responsabilità incompatibile con i principi del nostro ordinamento. Tra l'altro, va segnalato che in ogni caso la manifestazione di dissenso della funzione di gestione del rischio non rimane lettera morta, in quanto solleva dubbi sull'opportunità di una determinata operazione, che si traduce, se non altro, in un rafforzamento degli obblighi di motivazione che gravano sui gestori. Di certo, una decisione assunta dagli amministratori ad esito di un *iter* deliberativo segnato dalla manifestazione di dissenso da parte di una funzione aziendale appare più debole e contestabile in sede di azione giudiziale di responsabilità. In questo contesto a poco servirebbe anche la copertura della *business judgement rule*, essendo il dissenso della funzione di gestione del rischio un elemento fondamentale nella ricostruzione del procedimento che ha portato alla decisione finale. Procedimento che è proprio l'oggetto principale di valutazione ai fini della individuazione di fonti di responsabilità. Proprio questo meccanismo consentirebbe un pieno e corretto contemperamento delle diverse esigenze in gioco. Da una parte, quella di una gestione sciolta da vincoli o da opposizioni che potrebbero essere dettate da eccessi

⁹⁶ «The head of the RMF should be able to challenge decisions taken by the institution's management and its management body, and the grounds for objections should be formally documented. If an institution wishes to grant the head of the RMF the right to veto decisions (e.g. a credit or investment decision or the setting of a limit) made at levels below the management body, it should specify the scope of such a veto right, the escalation or appeal procedures, and how the management body will be involved» (§20.5, punto 202 *Orientamenti in materia di governance interna ai sensi della direttiva 2013/36* (EU)).

⁹⁷ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019 p.139. In particolare, alla nota 96: «Ed infatti, a parere di chi scrive, tanto più a fronte del chiaro depotenziamento attuato in tema a scapito dei delegati andrebbe abbandonata l'idea di rendere una funzione aziendale a tal punto rilevante da opporsi alla scelta del *plenum* per il tramite di un vero e proprio diritto di veto».

di prudenza delle funzioni aziendali e, dall'altra, la necessità di arginare gestioni sconsiderate o eccessivamente rischiose senza stravolgere la tradizionale distribuzione dei poteri.

Si ricordi poi che in un contesto di regolare funzionamento dei flussi informativi, le osservazioni della funzione di gestione dei rischi sono rese note all'organo di controllo societario, che ha poteri maggiormente incisivi, e da cui, secondo alcuni, sarebbe più corretto che le funzioni di controllo di secondo livello dipendessero. Ma di questo si dirà più avanti.

Compliance: la funzione ha fatto il proprio ingresso nel panorama internazionale nel 2005, con un intervento di regolazione del Comitato di Basilea e l'emanazione della direttiva comunitaria MiFid (2004/39/CE) e di quella di attuazione (2006/73/CE) relative alla disciplina delle attività di investimento. Questi interventi sopraggiunsero a seguito di una serie di scandali che resero palese come i rischi legali e reputazionali potessero compromettere i rapporti con la clientela e la credibilità degli enti creditizi agli occhi del mercato. Questa consapevolezza si pose alla base di importanti interventi di regolamentazione, specie da parte delle autorità di vigilanza, strutturati sulla base di meccanismi di incentivazione/disincentivazione volti ad orientare l'agire degli operatori secondo correttezza e a responsabilizzare l'imprenditore bancario⁹⁸. In questo contesto si colloca la funzione di *compliance*, che presiede al rispetto di tali regole. In particolare, alla funzione in analisi è rimessa la valutazione del rischio di non conformità, inteso come «rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (leggi, regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (ad es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina)»⁹⁹. Il rischio di non conformità può quindi essere considerato un rischio «trasversale», nella misura in cui comprende sia i rischi legali che quelli reputazionali¹⁰⁰. Vale la pena precisare che per rischio legale si intende il rischio di incorrere in perdite

⁹⁸ In materia TARANTOLA A.M., *La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, Milano, Workshop CETIF, 2007. Utile anche il contributo di DOLMETTA A., *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 2/2012, pp. 125-140.

⁹⁹ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 21.

¹⁰⁰ Così GRECO G.L., *La compliance nelle attività e nei servizi bancari: problemi aperti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2009, pp. 633-665.

derivanti da violazioni di leggi o regolamenti, responsabilità da inadempimento o extracontrattuale, ovvero da altre controversie; invece, per rischio reputazionale si intende il rischio attuale o potenziale di flessione degli utili o del capitale derivante da un'immagine negativa della banca diffusasi tra i clienti o comunque nel mercato in generale¹⁰¹. Tale ultimo rischio è particolarmente insidioso perché incidente in maniera significativa sulla stabilità della banca e, nel caso di rilevanza sistemica della stessa, sul sistema economico nel suo complesso. Da quanto fino ad ora esposto emerge con chiarezza che quella della funzione di *compliance* è un'attività che ha sempre a che fare con dei profili di rischio. Questa è la ragione per cui essa opera servendosi dei medesimi strumenti della funzione di *risk management*, ma data la rilevanza e la natura peculiare del rischio di non conformità, si configura come una funzione a sé stante. Si badi però, come è già stato anticipato, che sulla base del principio di proporzionalità le banche possono affidare la funzione di conformità e quella di *risk management* ad un'unica struttura, purché questo non infici l'efficacia dei controlli. Ovviamente una decisione di questo tipo non può essere assunta da banche di grandi dimensioni, o comunque di carattere sistemico, che sono l'oggetto del presente studio. La complessità organizzativa e l'aspetto dimensionale rendono necessario rimettere questa funzione ad un'apposita struttura.

Venendo ora all'attività tipicamente svolta dalla funzione di *compliance*, la Circolare 285 attribuisce alla stessa le seguenti competenze¹⁰²:

1. Ausilio alle strutture aziendali per la definizione delle metodologie di valutazione dei rischi di non conformità alle norme;
2. Individuazione di procedure per la prevenzione del rischio rilevato e verifica sulla loro applicazione;
3. Identificazione nel continuo delle norme applicabili alla banca e misurazione/valutazione del loro impatto su processi e procedure aziendali;
4. Proposta di modifiche organizzative e procedurali per assicurare un adeguato presidio dei rischi di non conformità e verifica dell'efficacia degli stessi;

¹⁰¹ Va precisato che la funzione di *compliance* è competente riguardo ai rischi reputazionali che derivano da violazioni di norme e non anche per fattori eccedenti tali violazioni che abbiano comunque un impatto negativo sull'immagine dell'ente creditizio e sulla fiducia dei mercati. Per norme si intendono non solo quelle imperative ma anche l'autodisciplina, la cui osservanza ha comunque un impatto sull'opinione che viene a formarsi della banca. GRECO G.L., *op. cit.* pp. 649 ss.

¹⁰² Si veda Circolare 285 Parte prima, IV, 3, 22 ss.

5. Predisposizione di flussi informativi diretti agli organi aziendali e alle strutture coinvolte;
6. Sostegno alle attività di presidio di altre funzioni specialistiche (ad es. sicurezza sul lavoro o tutela dei dati personali);
7. Valutazione *ex ante* di progetti innovativi della banca;
8. Consulenza e assistenza agli organi aziendali della banca in tutte le materie in cui assume rilievo il rischio di non conformità;
9. Collaborazione nell'attività di formazione del personale al fine di diffondere e consolidare la cultura del rischio a tutti i livelli della struttura organizzativa¹⁰³;

Al di là delle specifiche attribuzioni, la Circolare precisa che la funzione di conformità presiede, sulla base di un approccio *risk based*, alla gestione del rischio di non conformità con riguardo a tutta l'attività aziendale, verificando che le procedure interne siano adeguate a prevenire tale rischio.

Con questo tipo di previsione emerge un radicale cambio di approccio dei controlli interni, non più basati su un'attività di controllo del rischio (*control based*), ma sul contenimento dei rischi nel limite stabilito (*risk based*) nel RAF¹⁰⁴. Questo tipo di approccio è figlio della crescente consapevolezza dell'immanenza del rischio nell'ontologia dell'attività di impresa, specialmente se bancaria; è dunque necessario non già arginarlo, ma valutarlo e controllarlo entro limiti preventivamente perimetrati.

Da questa precisazione emerge anche la ragione per cui i controlli devono essere inevitabilmente considerati come una parte integrante della gestione dell'impresa, un'attività che cammina parallelamente al governo quotidiano e che non si pone fuori dallo stesso o in discontinuità con esso. È proprio questa permeabilità di gestione e controllo rende chiara la ragione per cui il sistema dei controlli interni si configura come

¹⁰³ Il rischio viene generato a tutti i livelli della struttura aziendale, specialmente a livello operativo. È per questo fondamentale che tutti i soggetti coinvolti nell'attività della banca, anche quelli che si occupano dell'operatività quotidiana a contatto con i risparmiatori, siano dotati di competenze adeguate e di una continua ed aggiornata formazione inerente alla gestione dei rischi.

¹⁰⁴ Così CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293.

un elemento fondamentale nel perseguimento dell'obiettivo della sana e prudente gestione¹⁰⁵.

5.3. *Internal Audit*

Al vertice delle funzioni aziendali di controllo è l'*Internal Audit*, a cui la Circolare 285 rimette importanti attribuzioni¹⁰⁶. Tra queste la valutazione dell'adeguatezza, completezza, funzionalità ed affidabilità del sistema dei controlli interni e dell'assetto organizzativo dell'impresa. Oggetto delle valutazioni della funzione di revisione interna sono anche il processo di definizione del RAF e quello di gestione dei rischi.

L'Associazione Italiana Internal Auditors definisce l'*Internal Audit* come «un'attività indipendente e obiettiva di *assurance* e consulenza, finalizzata al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione».

Si tratta di una funzione che svolge un'attività di ausilio all'organo di supervisione strategica, di cui è alle dirette dipendenze, ma che soprattutto costituisce un vero e proprio presidio dell'organo di controllo, con cui devono essere continui gli scambi informativi. Per quanto riguarda l'attività di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica, talune delle funzioni attribuite all'*Internal Audit* dalla Circolare rendono evidente questa competenza.

La funzione controlla regolarmente il piano aziendale di continuità operativa e propone modifiche qualora ravvisi delle carenze; effettua test periodici sulle procedure di controllo interno; valuta l'efficacia del processo di definizione del RAF; valuta l'organizzazione aziendale nel suo complesso.

Insomma, si tratta di una funzione che si ingerisce in una serie di processi che sono di competenza dell'organo con funzione di supervisione strategica e si occupa del controllo nel *continuum* di dinamiche attinenti alla gestione dell'impresa. L'*Internal Audit* coopera

¹⁰⁵ A tal proposito si rimanda al Capitolo II, Articolo 5 TUB.

¹⁰⁶ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 25, 26, 27. Di particolare rilievo al fine dell'esercizio delle sue funzioni è l'attribuzione all'*Internal Audit* di poteri ispettivi e di accesso a tutte le attività della banca, anche quelle esternalizzate. Cfr. COLONNA F., *La comunicazione congiunta Banca d'Italia-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra compliance e internal audit nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, pp. 155-160.

quindi con gli altri organi aziendali nel garantire la stabilità e idoneità della *governance*¹⁰⁷ a seguito di un processo graduale di integrazione della funzione nella realtà aziendale¹⁰⁸. Nei confronti dell'organo di controllo l'*Internal Audit* assume sostanzialmente una funzione consulenziale¹⁰⁹, fungendo da presidio privilegiato dell'organo in quanto coinvolta nelle dinamiche interne all'impresa e, quindi, più vicina alla gestione di quanto non lo siano invece i sindaci o comunque i soggetti deputati al controllo societario. Questa funzione di ausilio all'organo di controllo ha consentito che si realizzasse quel mutamento nel *modus operandi* del collegio sindacale di cui si è già parlato. Grazie al supporto dell'*Internal Audit* i sindaci non agiscono più esclusivamente con verifiche finalizzate a sanzionare le irregolarità *ex post*, ma possono servirsi delle osservazioni della funzione aziendale per intervenire già durante la fase di predisposizione degli assetti di controllo interno e rimuovere le storture rilevate¹¹⁰.

¹⁰⁷ ZOU I., *On the Role of Internal Audit in Corporate Governance*, in *American Journal of Industrial and Business Management*, Vol. 9, No. 1, January 2019. L'articolo è particolarmente interessante in quanto riguarda la recente affermazione dell'*Internal audit* nel sistema economico cinese, fornendo un quadro di comparazione pieno di spunti di riflessione. In Cina la funzione di *Internal Audit* si è affermata piuttosto in ritardo rispetto a quanto avvenuto negli altri paesi industrializzati. Di recente la consapevolezza della necessità dell'introduzione di un meccanismo di revisione interna si è fatta sempre più consistente, come emerge dalle parole dell'autore: «China's market economy has frequently disclosed cases of ineffective internal control, unsatisfactory business performance, unreliable financial information disclosure, and even high-level personnel collaborating in fraud cases. One of the reasons is that internal audit has not been effectively implemented its role in corporate governance». Nell'indagare il rapporto tra *Internal Audit* e *Corporate governance* l'autore dà prova della diffusione di una rinnovata e auspicabile concezione dei controlli interni interpretati come uno strumento utile per il perseguimento degli stessi obiettivi del *management*, ossia migliorare l'efficienza operativa dell'impresa e consentire un'ottimizzazione dei risultati economici. Per il reale perseguimento di questi obiettivi comuni è necessario che alle funzioni di controllo sia garantita indipendenza oltre che un elevato livello di professionalità, che secondo l'autore sono carenti nel sistema cinese: «According to the relevant provisions of the Company Law, the internal audit department is managed by an audit committee attached to the board of directors. [...] this kind of setting makes the audit department easy to be pressured by the top management. [...] As a result, the internal audit status is low, the supervision authority is very limited, and the independence of the audit is greatly reduced. Therefore, it is difficult to achieve the expected effect and become a security risk of enterprise development». Le osservazioni sulla carenza di indipendenza paiono in verità condivisibili anche alla luce del sistema di regole occidentale.

¹⁰⁸ TREQUATRINI G., *Origini e sviluppo dell'internal auditing in Banca d'Italia: nuovi rischi e prospettive*, intervento al *Seminario del Servizio Revisione interna*, Centro convegni Carlo Azeglio Ciampi, Roma, 23 novembre 2022. Si veda anche FORTUNATO S., *Il contributo della funzione di Internal Audit alla gestione di impresa*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2006, n. 6, pp. 1295-1307.

¹⁰⁹ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 142.

¹¹⁰ Sul tema cfr. PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, pp. 54 ss. che fornisce un quadro molto chiaro dei rapporti tra collegio sindacale e funzione di *Internal Audit*. In questa sede l'autore sottolinea inoltre come questo rapporto rimanga solido anche in caso di esternalizzazione della funzione di *audit*, a dimostrazione della grande rilevanza di una connessione di questo tipo.

Se il sistema dei controlli interni è uno strumento fondamentale per garantire la stabilità della banca nonché la solidità reputazionale della stessa, è evidente che la funzione di *Internal Audit*, in quanto custode della regolarità del sistema, è investita di un ruolo di assoluto rilievo. Nell'esercitare lo stesso deve far fronte ad esigenze e sfide sempre nuove, tra cui rimane onnipresente quella di rafforzare la propria credibilità agli occhi degli *stakeholder*¹¹¹.

È evidente che per adempiere correttamente a questi compiti la funzione di *Internal Audit* deve essere indipendente. Tra l'altro, è la stessa Circolare 285 a preoccuparsi di definire requisiti e condizioni che ne garantiscano l'indipendenza. Bisogna chiedersi però se lo faccia nel modo giusto. Ed infatti, una delle condizioni previste per garantire l'indipendenza della funzione è la nomina dei responsabili della stessa da parte dell'organo con funzione di supervisione strategica, sentito l'organo con funzione di controllo¹¹². La Circolare affida la nomina all'organo con funzione di supervisione strategica (previa individuazione e proposta dei nominativi da parte del Comitato Rischi) per sottrarla a quello con funzione di gestione, che è il soggetto direttamente sottoposto alle attività di controllo. Non pare però a chi scrive che una misura di questo tipo possa garantire un'indipendenza effettiva della funzione. Indipendenza che potrebbe essere maggiormente garantita qualora si rimettesse la competenza a nominare i responsabili della funzione all'organo di controllo. Quest'ultimo, che assuma la forma del collegio sindacale, del comitato per il controllo sulla gestione o del consiglio di sorveglianza (più frequentemente comitato per il controllo interno per i motivi che si sono già visti), darà comunque garanzia di una maggiore autonomia e lucidità di giudizio, dati i requisiti che devono integrare i soggetti che lo compongono, nonché i profili di responsabilità. Si potrebbe suggerire pertanto un modello organizzativo in cui i rappresentanti delle funzioni aziendali di secondo livello sono nominati dall'organo con funzione di supervisione strategica e assistono lo stesso nello svolgimento delle sue funzioni, colmando quella carenza di competenze specifiche che risulta inevitabile. Si garantirebbe in questo modo il rapporto fiduciario che in qualche modo deve intercorrere tra il soggetto assistito e chi assiste. Invece, sarebbe auspicabile, per i motivi già esposti, attribuire il

¹¹¹ Così TREQUATTRINI G., *Origini e sviluppo dell'internal auditing in Banca d'Italia: nuovi rischi e prospettive*, intervento al Seminario del Servizio Revisione interna, Centro convegni Carlo Azeglio Ciampi, Roma, 23 novembre 2022.

¹¹² Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 19, lett. b.

potere di nomina dei responsabili dell'*Internal Audit* all'organo di controllo, che è l'organo che intrattiene con questa funzione dei rapporti più intensi. Questo genererebbe una situazione di maggiore equilibrio nell'ambito degli assetti organizzativi oltre a garantire più indipendenza nel sistema dei controlli¹¹³.

6. Rapporti tra collegio sindacale e controlli aziendali: c'è ridondanza delle funzioni di controllo?

Come si è già detto in più circostanze, il collegio sindacale nacque come deputato alla funzione di controllo contabile. Questa sua specifica attribuzione gli fu poi sottratta quando il mutamento dei mercati, e la crescente complessità degli stessi resero evidente l'esigenza di rimettere questa competenza a soggetti indipendenti e altamente specializzati, almeno per le società di dimensioni e complessità importanti.

Gli interventi del legislatore tesi a trasferire la competenza sul controllo contabile a soggetti esterni alla società controllata hanno fatto sorgere da più parti ipotesi di eliminazione del collegio sindacale, vedendo nello stesso un organo ormai esautorato della sua principale attribuzione, e pertanto ridondante nella struttura organizzativa aziendale¹¹⁴. Si tratta per la verità di una tesi già sostenuta in passato, addirittura prima dell'emanazione del Codice civile¹¹⁵, ma che torna in auge ogni volta che si mette mano a riforme del sistema dei controlli interni. A rafforzare la convinzione di quanti sostengono la necessità di abolire quest'organo è il fatto che il sistema dei controlli interni, come si è delineato nelle pagine precedenti, ha avuto origine in contesti ordinamentali in cui non sono contemplati organi analoghi al collegio sindacale. Da ciò deriva che, talvolta, le competenze dei sindaci sembrano sovrapporsi a quelle delle funzioni aziendali di controllo oltre che dei comitati endo-consiliari, specie il Comitato

¹¹³ Così PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, p. 30.

¹¹⁴ In argomento si veda PRESTI G., *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, p.752. ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Rapporto sulla società aperta. 100 tesi per la riforma del diritto societario in Italia*, Bologna, 1997, p.103. RIGOTTI M., *Il collegio sindacale nella governance della società per azioni*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011, pp. 552 e 553. COSSU F., *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.*, Milano, 2013. In senso totalmente opposto si pone invece PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, che, a parere di scrive, espone una visione molto più convincente e condivisibile valutando la funzione del collegio sindacale anche nelle società di diritto comune.

¹¹⁵ SRAFFA A., *I "così detti" sindaci delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, pp. 863 ss.

Rischi. Di questo secondo problema si parlerà più avanti, per il momento invece è necessario soffermarsi sul rapporto tra collegio sindacale e funzioni aziendali di controllo. A questo fine è necessario prima di tutto chiedersi quale sia l'obiettivo delle rispettive attività di controllo. Le funzioni aziendali svolgono una attività di controllo finalizzata a coadiuvare gli amministratori nella gestione. Si tratta di funzioni che assistono l'organo amministrativo apportando un supporto tecnico indispensabile, data l'inevitabile carenza di competenze degli amministratori su una pluralità di materie che spesso presentano un grado di complessità estremamente elevato e richiedono conoscenze particolarmente approfondite, che sono proprie più di un tecnico che di un gestore. Si tratta di un'attività di controllo svolta *per* gli amministratori, a differenza del controllo *sugli* amministratori che è rimesso al collegio sindacale. Ne consegue che, se le funzioni aziendali assistono l'organo amministrativo e sono addirittura da questo nominate, è necessario che vi sia un organo indipendente deputato a controllare l'attività di queste funzioni e dell'organo amministrativo.

Specialmente in contesti come quello bancario un organo indipendente, che si ponga al vertice del sistema dei controlli, è quanto mai fondamentale. In tale settore, infatti, alle comuni esigenze di tutela dei soci e dei creditori, si associano quelle di tutela di interessi costituzionalmente garantiti oltre che la necessità di tutelare la stabilità dell'intero sistema finanziario. Né sembra condivisibile la tesi di quanti sostengono che il collegio sindacale non sia un organo realmente indipendente in quanto nominato dall'assemblea, e pertanto, espressione della stessa maggioranza che nomina gli amministratori. A questa argomentazione si può facilmente obiettare dando una risposta antica ad una domanda altrettanto risalente. *Quis custodiet ipsos custodes?* Se stessi. Il collegio sindacale è idoneo a vigilare su se stesso per due ordini di ragioni. Innanzi tutto, i requisiti di professionalità e indipendenza di cui i sindaci devono essere dotati costituiscono un primo presidio a tutela della correttezza del loro operato.

In secondo luogo, a fungere da deterrente contro condotte inopportune, vi sono significativi profili di responsabilità che rendono la correttezza operativa un interesse prima di tutto dei membri del collegio. Tra l'altro, il mutamento del ruolo del collegio sindacale nelle banche, rende ancor meno scusabili carenze nei controlli dello stesso¹¹⁶,

¹¹⁶ Si veda. sentenza della Cassazione civile, Sez. II, n. 1528 del 221/01/2018 in cui la Corte, mutando i precedenti orientamenti (Cass. civ. 13051/2014, Cass. civ. 25289/2015 e Cass. civ. 6037/2016), stabilisce che il controllo dei sindaci nelle banche non deve essere sintetico, ma continuo e costante e relativo alla

in quanto il suo coinvolgimento in determinate dinamiche gestorie rende doveroso che l'organo ravvisi tempestivamente e preventivamente le irregolarità in quello che è l'ambito più delicato della gestione di un'impresa bancaria: ossia la predisposizione ed il funzionamento del sistema dei controlli interni e la gestione dei rischi.

Dunque, alla luce di tutto quanto osservato fino ad ora, non pare che vi sia alcuna forma di duplicazione nelle funzioni di controllo tra collegio sindacale e controlli aziendali, né tanto meno è possibile sostenere la ridondanza del ruolo dei sindaci giustificandola con questa sovrapposizione di funzioni.

Lungi dal voler costruire un'artificiosa apologia del sistema tradizionale e del collegio sindacale, che pure, come si è visto e si vedrà ancora, generano talvolta delle perplessità, non si può però negare che rimettere il controllo sull'amministrazione agli stessi amministratori, per quanto non esecutivi, è una previsione che suscita qualche nota di comprensibile scetticismo, soprattutto quando a dipendere dalla correttezza dei controlli è la tutela di interessi di carattere generale e sistemico¹¹⁷.

legittimità e alla correttezza di tutte le decisioni dell'organo amministrativo. Ma anche la sentenza della Cassazione civile, Sezione II, n. 24170 del 4/08/2022 in cui si specifica che nel caso di sanzioni amministrative della Banca d'Italia, l'esclusione della responsabilità dei sindaci può avere luogo solo se essi provano di aver esercitato i loro poteri di controllo. Non si considera invece sufficiente che ai sindaci siano stati nascosti atti illeciti dell'organo amministrativo, in quanto da una circostanza di questo tipo si desume l'inerzia dell'organo di controllo.

¹¹⁷ Interessanti in argomento le letture di PETROBINI G., *Il sistema monistico: una proposta di lettura a partire dalle regole relative alla responsabilità*, in *Rivista di diritto societario*, 4/2017, pp. 1003-1073, in particolare §9. MOSCO G.D., VELLA F., *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la "governance"?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2004, pp. 139-152. MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2016, che a p. 9 cita il noto studioso Giovanni Emanuele Colombo che a proposito del monistico diceva «Il pericolo di connivenze o di edulcorazione dei giudizi risultanti dal controllo pare piuttosto evidente». Ma ancora si veda il §6 di ABRIANI N., *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Rivista delle società*, 1/2013, pp. 1-22.

CAPITOLO II

IL COMITATO RISCHI

Sommario: 1. I comitati endo-consiliari – 2. Introduzione del Comitato Rischi nell’ordinamento italiano – 3. Composizione e funzioni del Comitato Rischi – 4. Il ruolo concreto del Comitato Rischi nelle banche di maggiori dimensioni – 4.1. Il problema delle asimmetrie informative – 5. La necessità di redistribuzione delle responsabilità alla luce di una funzione formalmente ancillare e sostanzialmente para-delegata (?) – 6. Una valutazione comparatistica dell’istituto

1. I comitati endo-consiliari

Come si è già sottolineato nel capitolo precedente, la Circolare 285 ha rafforzato in maniera considerevole i doveri di vigilanza degli amministratori non delegati. Non è pertanto opportuno ripetersi in questa sede. Va però ricordato che i consiglieri non esecutivi esercitano le proprie funzioni osservando un fondamentale dovere di agire informati.

Proprio al fine di ottenere le informazioni necessarie sulla gestione e sull’organizzazione aziendale, essi si servono di comitati interni¹, la cui costituzione segue la regola della proporzionalità. Ragion per cui, se nelle realtà di dimensioni modeste la presenza dei comitati è facoltativa e le informazioni sono raccolte dai non esecutivi in via autonoma, nelle banche di grandi dimensioni, o che svolgono attività complesse, la costituzione dei comitati è obbligatoria.

Più in particolare, la Circolare 285 prevede che nelle banche di maggiori dimensioni e complessità operativa, all’interno dell’organo con funzione di supervisione strategica, è necessario costituire tre comitati specializzati riguardo a nomine, rischi e remunerazioni².

¹ Per un’analisi della natura di questi comitati e la ricerca di definizioni si veda LENER R., *Comitati interni e consiglieri “non sorveglianti”*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2/2007, pp. 369-379. Ma anche interessante a proposito dell’affermazione in Italia del ruolo degli amministratori indipendenti MAYO C., SICLARI D., *Banking corporate governance and non-executive independent directors after the crisis: the case of Italy*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2012, p. 445 ss.

² Circolare 285, Parte prima IV, 1, 21.

Questi comitati hanno poteri consultivi, istruttori e propositivi e sono composti da 3-5 membri tutti non esecutivi e in maggioranza indipendenti. In almeno un comitato deve essere presente un consigliere che rappresenti la minoranza, se questo è eletto³.

I comitati devono distinguersi tra loro per almeno un componente e sono presieduti da un membro indipendente. Il solo Comitato Rischi è obbligatorio anche nelle banche intermedie.

Il Comitato Nomine è coinvolto nelle attività di nomina e cooptazione dei consiglieri, curando che siano rispettate le quote di presenza del genere meno rappresentato e che i piani di successione nelle posizioni di vertice siano adeguati. Partecipa inoltre ai processi di autovalutazione degli organi⁴.

Il Comitato Remunerazioni esercita le proprie funzioni in materia di remunerazione e incentivazione. Propone i compensi del personale e formula pareri sulla remunerazione degli esponenti di maggiore rilievo nell'organizzazione aziendale. Valuta, inoltre, il raggiungimento di obiettivi di *performance* cui sono connessi determinati incentivi⁵.

La presenza di questi comitati non è limitata al solo settore bancario, ma è promossa dal Codice di *Corporate Governance* per le società quotate in generale, nonché uno dei requisiti imprescindibili per accedere al segmento *Euronext STAR Milan*⁶ e quindi considerati necessari ai fini del raggiungimento di una struttura organizzativa affidabile ed eccellente.

Il fatto che a questi comitati vengano assegnate delle funzioni preparatorie rispetto alle delibere dell'organo consiliare li differenzia dai comitati esecutivi. I comitati endo-consiliari in questione sono infatti noti anche come “comitati non esecutivi” o “comitati

³ Per la verità non è totalmente comprensibile la previsione del coinvolgimento di un amministratore di minoranza in un contesto di soli amministratori indipendenti. Numerosi sono gli studiosi che hanno manifestato perplessità al riguardo. Così CERA M., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 p. 952 che segnala la differenza di interessi tra amministratori indipendenti e amministratori che rappresentano la minoranza.

⁴ Vd. GIOVANDO G., *Vigilanza bancaria dagli aspetti tradizionali ai nuovi orientamenti ESG*, Torino, Giappichelli, 2023, Capitolo 3, §1.

⁵ GIOVANDO G., *op. cit.*, *ibidem*.

⁶ <https://www.borsaitaliana.it/azioni/mercati/star/requisiti/come-accedere.htm> in cui è possibile visionare i requisiti per l'accesso al segmento STAR. Si noterà che la presenza di un Comitato Controllo e Rischi e di un Comitato Remunerazioni è obbligatoria.

privi di compiti decisionali”⁷ in quanto non assumono delle decisioni, né i pareri resi al *plenum* acquistano per questo efficacia vincolante.

Proprio su una lettura molto formalistica di questo stato delle cose si basa una consolidata giurisprudenza, di merito e di legittimità⁸, che nega la necessità di una redistribuzione delle responsabilità tra i membri del consiglio e quelli dei comitati interni, assunto che le competenze decisionali permangono in capo al solo *plenum* consiliare. Sulla condivisibilità di queste argomentazioni si tornerà di seguito, analizzando la questione rispetto al Comitato Rischi, essendo le medesime soluzioni tendenzialmente estendibili anche agli altri comitati.

Oltre ai tre comitati previsti dalla Banca d'Italia, è possibile che vengano costituiti comitati endo-consiliari che rispondano a specifiche esigenze dell'intermediario; come il comitato *rating* che si occupa dell'affinamento dei sistemi di *rating* della banca, o un comitato che si occupa della gestione dei *non performing loans*, o ancora un comitato cui è rimessa la funzione di coordinamento tra i componenti del sistema di controllo interno⁹. Tornando a quelli previsti come obbligatori dalla Circolare 285 per le banche significative, oltre al comitato nomine e al comitato remunerazioni, come si è anticipato, deve essere costituito un Comitato Controllo e Rischi. Sulle funzioni di questo comitato si tornerà a breve, al momento è però opportuno un *excursus* sulle origini dello stesso e sulle ragioni che hanno indotto alla sua previsione. Per fare ciò, è necessario spostarsi in due ordinamenti che si caratterizzano per una cultura economica e dei controlli molto diversa da quella italiana ed europea in generale, ossia l'ordinamento statunitense e quello anglosassone, che ignorano la presenza di organi che svolgano attività di controllo “per professione” (dunque di organi analoghi al nostro collegio sindacale). Ed infatti, il Comitato Rischi, così come concepito nell'ordinamento italiano, si rifà proprio all'*audit committee* anglosassone.

⁷ Cfr. HOUBEN M., *La distribuzione della responsabilità nei consigli di amministrazione con comitati interni investiti di funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2022, pp. 439-472.

⁸ Trib. Roma, Sez. spec. impr., 15 maggio 2019, disponibile sul sito www.giurisprudenzadelleimprese.it, 13. Cass., 27 ottobre 2020, n. 23554, disponibile sul sito www.dirittobancario.it, 11 riguardante le funzioni del comitato remunerazioni. Riguardo invece ai casi di vera e propria delega di funzioni che comunque non si ritiene possa esimere i non esecutivi da responsabilità cfr. Cass. n.28851/2019; n. 5606/2019; n. 18683/2014; n. 2737/2013.

⁹ Così VICARI A., *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, 4/2018, p. 561.

L'origine della storia si colloca negli Stati Uniti, in cui, per tradizione, il consiglio di amministrazione aveva un ruolo consulenziale nei confronti dell'amministratore delegato, e non svolgeva una vera e propria attività direttiva. Questo stato delle cose è gradualmente mutato a seguito degli scandali che si verificarono negli anni Settanta (in particolare il noto caso *Penn Central*), i quali resero evidente la necessità di limitare lo strapotere dell'amministratore delegato attribuendo al consiglio di amministrazione la funzione di *monitoring* sulla gestione¹⁰. Al fine di garantire un efficace espletamento di queste funzioni si è agito in due modi: da una parte, prevedendo l'organizzazione del consiglio per comitati specializzati e, dall'altra, nominando amministratori dotati di requisiti di indipendenza rispetto ai delegati. Tra i comitati interni al consiglio di amministrazione, particolare rilievo ha assunto l'*audit committee* competente in materia di supervisione sul sistema dei controlli interni e monitoraggio dell'informativa finanziaria. Questo comitato nasce, quindi, con il precipuo obiettivo di sopperire ad una carenza nei controlli sull'operato del *management* determinata evidentemente dall'assenza, prima di allora, di un organo a cui venisse rimessa una funzione di controllo sulla gestione. Organo che, invece, nel nostro ordinamento è per tradizione impersonato dal collegio sindacale. La stessa giurisprudenza americana, specialmente quella del Delaware¹¹, sembra prendere atto di queste dinamiche riconoscendo, in più circostanze, negli amministratori indipendenti una garanzia per la corretta esecuzione di determinate operazioni potenzialmente minate dal rischio di conflitti di interesse¹².

In Europa l'*audit committee* è arrivato attraverso il recepimento, nell'ordinamento inglese, della disciplina statunitense sugli amministratori indipendenti. Sempre a causa del clamore suscitato da scandali finanziari verificatisi circa un decennio più tardi, l'ordinamento inglese si pose il problema di come attribuire nuovamente un'immagine di affidabilità alle informazioni di carattere finanziario rese dalle imprese. Proprio a

¹⁰ FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2006, pubblicato su researchgate.net, p. 2.

¹¹ Vd. FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, p.52. Cfr. anche PEGGI E., *La vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate e i rapporti con il comitato di controllo interno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2021, §8.

¹² FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2006, pubblicato su researchgate.net. §2.

quest'esigenza rispose l'introduzione degli amministratori indipendenti con l'importante riconoscimento della loro funzione nel Rapporto *Cadbury* dei primi anni Novanta¹³.

Si badi, l'esperienza statunitense e quella inglese non sono del tutto coincidenti, in ragione di una differenza che è ancor più esasperata rispetto agli ordinamenti dell'Europa continentale, ossia la composizione della compagine azionaria.

Mentre le *public companies* negli USA presentano una partecipazione azionaria estremamente diffusa, nel Regno Unito la proprietà è maggiormente concentrata nelle mani di importanti investitori, più interessati ad investimenti di lungo periodo. Questa è la ragione per cui le *best practices* inglesi sono meno precise nel definire i requisiti di indipendenza e più focalizzate sui requisiti di professionalità e competenza degli amministratori¹⁴.

In ogni caso, al di là di queste differenze, ciò che interessa in questa sede è mettere in rilievo le ragioni genetiche dell'*audit committee* e le esigenze che hanno spinto l'ordinamento statunitense e quello britannico, al rafforzamento del ruolo di controllo del consiglio di amministrazione attraverso la valorizzazione della figura degli amministratori indipendenti. Questo aiuterà invero a comprendere l'origine della complessità peculiare del sistema dei controlli italiano, specialmente quando un'impresa adotti il modello tradizionale di *corporate governance*.

In Italia, infatti, come si dirà nelle pagine che seguono, si è venuta a creare una sorta di duplicazione della funzione di controllo nella misura in cui il legislatore, nel TUF, ha puntato ad una riforma della *governance* societaria tutta incentrata su un rafforzamento importate dei poteri del collegio sindacale¹⁵, mentre l'autodisciplina si è concentrata sui comitati endo-consiliari e sugli amministratori indipendenti¹⁶.

¹³ Cfr. FERRARINI G., *op.cit.*, §3.1.

¹⁴ In questo senso PRESTI G., MACCABRUNI F.M., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2003, p. 107. Si veda anche PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, p. 307 e 308 rispetto al diverso modo di concepire il ruolo degli amministratori nei due ordinamenti.

¹⁵ *Ex multis*, a titolo esemplificativo cfr. Art. 8 TUF sui *Doveri informativi*, Art. 148 sulla *Composizione* del collegio sindacale, Art. 149 sui *Doveri* del collegio sindacale che sono particolarmente significativi, tra questi interessante è il comma 3 sulle comunicazioni alla Consob. Ma anche Art. 150 sui doveri informativi degli amministratori nei confronti del collegio sindacale, Art. 151 sui *Poteri* e Art. 152 sulla *Denuncia al tribunale*.

¹⁶ Così FERRARINI G., *op.cit.*, §3.2.

2. Introduzione del Comitato Rischi nell'ordinamento italiano

Come si accennava, il Comitato Controllo e Rischi (o anche Comitato Rischi) è stato introdotto in Italia attraverso l'autodisciplina¹⁷, riprendendo le caratteristiche dell'*audit committee* anglosassone¹⁸. La connessione al Codice di Autodisciplina è tutt'oggi evidente, dato che la Circolare 285, per le banche di maggiori dimensioni, sostanzialmente riprende i contenuti del Codice con la sola eccezione del limite al numero dei componenti. La stessa previsione di attribuire la presidenza del Comitato Rischi ad un amministratore indipendente è recepita dall'autodisciplina.

Ma da dove nasce l'esigenza di prevedere l'introduzione di un Comitato di questo tipo in un contesto già particolarmente affollato come quello dei controlli interni? Certamente da una mutata concezione dei controlli che spiega anche, come si è più volte sottolineato nelle pagine precedenti, il mutamento del ruolo del collegio sindacale nelle banche. La crescente consapevolezza di individuare nel sistema dei controlli una componente fondamentale della gestione, e il graduale consolidamento dell'idea che «l'esercizio del controllo deve essere rivalutato in termini di opportunità di efficienza per l'impresa, e non di funzione di carattere affittivo¹⁹», segnano il mutamento di cui si è detto. Questo connotato strategico del sistema dei controlli interni è la ragione per cui la funzione di controllo e di gestione del rischio è affidata prima di tutto all'organo amministrativo, che si avvale, nell'esercizio della stessa, del Comitato Rischi.

¹⁷ Il Codice di Autodisciplina è stato approvato per la prima volta nel 2006. Ha subito negli anni successivi una serie di modifiche che hanno inciso in maniera più o meno marcata sul Comitato. La formulazione originale del codice, quella cioè del 2006, utilizzava la diversa nozione di *Comitato di controllo interno*. Solo a seguito della modifica intervenuta nel 2011 si è iniziato ad utilizzare la denominazione di *Comitato controllo e rischi* attualmente in uso. STELLA RICHTER M. jr, *Il comitato controllo e rischi, già comitato per il controllo interno*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2012, p. 63 dà una interessante interpretazione al cambiamento del nome del comitato. La formulazione attuale, secondo l'autore, rende più evidente l'idea per cui il sistema dei controlli è strettamente connesso ai rischi dell'impresa, che, ancor prima che gestiti, vanno identificati e valutati. Il che rende anche evidente come il sistema dei controlli compenetri l'organizzazione aziendale e sia ad essa funzionale. Si veda anche PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, p. 310 sull'origine del Codice di Autodisciplina italiano dai *codes* inglesi.

¹⁸ Cfr. BUSSO M., MACRÌ L., *Il Collegio Sindacale e il Comitato Controllo e Rischi nelle società quotate: il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche alla luce del nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista Corporate Governance*, 3/2021, pp. 353-367.

¹⁹ Vd. CALVOSA L., MARIANI G., ANTONINO A., *Composizione e attività svolte dal comitato controllo e rischi. Analisi del contributo alla creazione di valore per le aziende*, in GRECO G., MARCHI L. (a cura di), *Nuove prospettive su governance, audit, risk e performance management*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 163.

C'è da dire però che la previsione dell'obbligatoria costituzione di un Comitato Rischi nelle banche di grandi dimensioni è dovuta più che altro a delle necessità di adattamento delle disposizioni della Circolare 285 al contesto normativo comunitario ed internazionale²⁰. Non a caso, sia il Comitato di Basilea che l'EBA attribuiscono grande rilevanza ai comitati endo-consiliari, ed in particolar modo al Comitato Controllo e Rischi come strumento di un allineamento dei meccanismi di gestione del rischio atti a garantire la stabilità sistemica dei mercati. Infatti, ad influenzare in modo particolare l'autorità di vigilanza sono stati gli orientamenti dell'EBA del 2011 in materia di organizzazione interna, i principi del Comitato di Basilea e la Direttiva 2013/36/UE (modificata dalla Direttiva (UE) 2019/2034), tutti miranti ad un rinnovo dei sistemi di controllo interno delle banche, e recepiti a livello nazionale talvolta a scapito di esigenze di sistema (si pensi per esempio al problematico coordinamento con la disciplina del TUF, che nel sistema dei controlli interni attribuisce un ruolo preminente al collegio sindacale. O ancora alla spinosa questione della distribuzione di responsabilità di cui si dirà appresso in maniera più approfondita) e con evidenti distonie rispetto all'apparato codicistico²¹. Tra queste si vedranno i problemi di coerenza con la disciplina della responsabilità. La comprensione di alcune fonti di perplessità deve quindi inevitabilmente passare per un'indagine eziologica, anche di tipo comparatistico, come si vedrà più avanti.

3. Composizione e funzioni del Comitato Rischi

La Circolare 285 prevede che il comitato sia costituito da 3-5 membri tutti non esecutivi e in maggioranza indipendenti e che sia presieduto da un indipendente. Viene specificato, inoltre, che è buona prassi che nel comitato esecutivo sia presente un consigliere eletto dalle minoranze²².

Il Comitato Rischi svolge un'attività di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica. Esso si occupa di tutta la fase istruttoria preliminare alle decisioni del Consiglio di amministrazione (o dell'organo equivalente) in materia di controlli interni e

²⁰ L'obbligatorietà della costituzione di un Comitato Rischi per gli intermediari di dimensioni significative è prevista dall'EBA nella *Relazione finale sugli orientamenti in materia di governance interna ai sensi della Direttiva (UE) 2019/2034*, p. 15 n. 44.

²¹ RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, pp. 457 e 458, nota 80.

²² Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 21, lettera a n. 2.

gestione del rischio²³, ma ha altresì funzione propositiva e consultiva²⁴. Ha un ruolo fondamentale sia nella fase di predisposizione del sistema dei controlli interni, che di valutazione dello stesso, verificandone periodicamente il funzionamento e l'adeguatezza, anche attraverso uno scambio di informazioni costante con le funzioni aziendali di controllo. Il Comitato assiste il consiglio di amministrazione nella definizione degli indirizzi strategici e svolge anche una funzione consultiva in materia di gestione dei crediti. Infatti, esso può essere chiamato ad esprimere pareri sui rischi connessi ai singoli crediti erogati e può richiedere alle funzioni di *internal audit* e *risk management* di accertare il rischio di singole operazioni²⁵.

Al di là di quanto espressamente previsto dalla Circolare 285, la definizione precisa delle attribuzioni e del funzionamento del Comitato Rischi è rimessa alla regolamentazione interna alla banca²⁶. Interessante è al riguardo un'analisi dei siti *web* delle banche significative del nostro paese, da cui emerge un'innovativa funzione rimessa da alcune a questo comitato: la gestione dei rischi di sostenibilità connessi agli indicatori ESG, con speciale attenzione ai rischi climatici ed ambientali²⁷. Del resto, lo stesso Codice di *Corporate Governance*, venuto fuori dalla riscrittura del 2020, individua il «successo

²³ PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, p. 31. Sempre per le funzioni del Comitato Rischi in materia di gestione del rischio si veda BUSO M., MACRÌ L., *Il Collegio Sindacale e il Comitato Controllo e Rischi nelle società quotate: il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche alla luce del nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista Corporate Governance*, 3/2021, pp. 353-367. Ma anche CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 19-37, in particolare *Premessa* e § 2.2.

²⁴ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 22, 23, 24 individua le competenze specifiche del Comitato Rischi. Tra queste si ricorda che il Comitato:

- Individua e propone, coadiuvato dal Comitato Nomine, i responsabili delle funzioni aziendali di controllo;
- Esamina preventivamente i programmi di attività e le relazioni annuali delle funzioni aziendali di controllo indirizzate all'organo;
- Esprime valutazioni e formula pareri all'organo sul sistema di controlli interni e l'organizzazione aziendale relativamente alla conformità degli stessi ai principi cui devono uniformarsi e, qualora ravvisi punti di debolezza, propone azioni correttive;
- Verifica che le funzioni aziendali di controllo si conformino correttamente alle indicazioni dell'organo con funzione di supervisione strategica;
- Svolge l'attività valutativa e propositiva di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica per una corretta determinazione del RAF;
- Verifica la corretta attuazione del RAF;

²⁵ Cfr. VICARI A., *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, 4/2018, p. 560.

²⁶ VICARI A., *op.cit.*, *ibidem*, nota 5.

²⁷ Mediobanca rimette la gestione dei rischi di sostenibilità al Comitato controllo e rischi. Analogamente Intesa Sanpaolo ha istituito un Comitato rischi e sostenibilità. Così anche il Monte dei Paschi di Siena. Invece Unicredit, Banco BPM e BPER Banca hanno istituito uno specifico comitato.

sostenibile²⁸» come un obiettivo che deve orientare tutto l’operato degli organi che governano la nave aziendale. Dunque, se le imprese comuni di un certo rilievo sono chiamate a prestare attenzione a questi nuovi temi, ancor più le banche, che devono confrontarsi con essi da un duplice punto di vista: in quanto esse stesse imprese e in quanto enti in grado di direzionare l’andamento del mercato con l’attività di erogazione del credito.

Quanto al primo aspetto, si è già detto nei capitoli precedenti che l’evoluzione della storia del diritto bancario va di pari passo con una crescente emancipazione dal controllo pubblico (che in questo caso non si intende coincidente con la vigilanza) e con la presa d’atto della natura di impresa degli enti creditizi. Le banche sono chiamate a condurre esse stesse un’attività di impresa, analogamente a quanto avviene per le imprese comuni, e per l’esercizio della stessa si servono di personale e di strutture organizzative di variabile complessità.

Al fine del perseguimento della gestione sostenibile²⁹ esse, pertanto, devono agire in una pluralità di direzioni³⁰ segnate proprio dagli indici di cui si è detto. Quindi, per esempio,

²⁸ CCG Articolo 1 Principio I.

²⁹ Tra i nuovi rischi che il sistema dei controlli interni deve fronteggiare c’è quello di sostenibilità connesso ai fattori ESG (*Environmental, Social, Governance*). Sempre di più, infatti, le decisioni degli investitori sono orientate da una crescente sensibilità ai temi dell’impresa sostenibile, da cui le autorità di vigilanza evidentemente non possono più prescindere e ugualmente gli intermediari finanziari in generale. Per rischio di sostenibilità si intende, ai sensi dell’articolo 2 del Regolamento (UE) 2019/2088, «un evento o una condizione di tipo ambientale, sociale o di *governance* che, qualora si verificasse, potrebbe provocare un significativo impatto negativo effettivo o potenziale sul valore dell’investimento». Le banche possono incorrere in rischi di questo tipo in ragione di esposizioni verso investimenti o controparti contrattuali che possono subire un’influenza negativa o incidere negativamente sui fattori di cui si è detto. Quanto al rischio ambientale, crescente è la sensibilità al tema dei cambiamenti climatici. I rischi che ne derivano sono per esempio gli impatti negativi dal punto di vista finanziario dei rapporti con controparti che svolgono un’attività che contribuisce al cambiamento climatico. L’indice *Social* è di più complessa individuabilità quanto ai suoi contenuti. In via estremamente sintetica si può dire che ad esso attiene il rispetto degli interessi e dei diritti dei soggetti coinvolti nell’esercizio dell’attività di impresa (garantendo l’osservanza dei principi di parità di genere, la tutela della sicurezza sul lavoro, assicurando un adeguato *work-life balance*) ma più in generale dell’intera collettività (riducendo le esternalità negative dell’attività di impresa). L’indice *Governance* attiene invece alla gestione dell’impresa e al rispetto dei principi cui deve essere orientata la stessa. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai principi di indipendenza e di competenza degli organi sociali, all’etica retributiva, alle misure di prevenzione dei reati, ma anche all’adeguatezza del sistema dei controlli interni dell’impresa. Si tratta dell’indice «meno di moda» perché, come si è visto, è già da tempo oggetto di studio e attenzione. Così VENANZI D., *La corporate governance delle banche italiane: è tutto oro quello che luccica?*, in *Moneta e Credito*, vol. 76, 302/2023, p. 114. Anche ALAIO E., BOWINKEL M., *La sostenibilità in ambito bancario*, in *Amministrazione & Finanza*, 4/2022, pp. 63-68. Si veda a riguardo MOSCO G.D., FELICETTI R., *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2022, pp. 185-211 e RIGANTI F., *L’impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1/2022, pp. 315-326.

³⁰ Diffusamente GIOVANDO G., *Vigilanza bancaria dagli aspetti tradizionali ai nuovi orientamenti ESG*, Torino, Giappichelli, 2023. Ancora LENER R., LUCANTONI P., *Sostenibilità “ESG” e attività bancaria*,

attraverso la predisposizione di un sistema di controlli interni che sia adeguato alle peculiarità della banca, sulla base di tutto quanto visto fino ad ora. Ma anche garantendo una piena integrazione del personale ai vari livelli aziendali, in modo da sradicare ogni forma di disuguaglianza.

Quanto a quest'ultimo aspetto, le banche sono state pioniere nella promozione dello *standard* UNI PdR 125:2022 per la parità di genere. Sia banche di dimensioni considerevoli, come Intesa Sanpaolo³¹ e Monte dei Paschi di Siena³², sia banche di dimensioni più modeste, come la Banca Popolare dell'Alto Adige S.p.a.³³, hanno ottenuto di recente la certificazione, assurgendo a pregevoli esempi di un sistema finanziario sempre più incline a dimostrare attenzione e coscienza rispetto a certi temi.

Ma, come si accennava, le banche influiscono sull'osservanza dei principi di sostenibilità anche nell'ambito del sistema economico nel suo complesso, in quanto erogatrici di credito³⁴. In che modo? Ad esempio, non concedendo credito ad imprese che svolgono un'attività altamente inquinante o finanziando progetti di conversione sostenibile di determinati processi produttivi. Proprio nell'ottica di favorire una transizione sostenibile nel mondo degli intermediari bancari è stata concepita la *Net-Zero Banking Alliance* (NZBA), una iniziativa delle Nazioni Unite a cui partecipano diverse banche con l'impegno di uniformare i propri portafogli, sia dal punto di vista degli investimenti che dei prestiti, al fine di contribuire all'ambizioso obiettivo dell'azzeramento delle emissioni nette nel 2050³⁵.

L'auspicio è che, ancora una volta, il diritto bancario e quello dei mercati finanziari facciano da apripista alla sensibilizzazione su determinate tematiche anche a livello di diritto comune. Questi settori, infatti, non sono solo le sedi elettive per la sperimentazione di riforme incentrate sulla *governance* aziendale, ma anche occasione per trattare di argomenti di interesse sociale significativo, che talvolta toccano diritti fondamentali.

in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2023, 1, pp. 6-21. Anche BEVIVINO V., *il prossimo cambio di paradigma del governo delle banche: annotazioni del diritto francese e idee statunitensi sul fit and proper degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, p. 274.

³¹ La certificazione è stata rilasciata dall'Organismo di Certificazione *Bureau Veritas* nel 2022.

³² La certificazione è stata rilasciata dall'Organismo di Certificazione *RINA Services* nel 2023.

³³ La certificazione è stata rilasciata dall'Organismo di Certificazione *Certifica S.r.l.* nel 2022.

³⁴ ALAIO E., BOWINKEL M., *La sostenibilità in ambito bancario*, in *Amministrazione & Finanza*, 4/2022, p. 63. Ma anche BEVIVINO V., *op.cit.*, *ibidem*.

³⁵ <https://www.unepfi.org/net-zero-banking/> per una panoramica approfondita sulle caratteristiche dell'iniziativa.

Esempio lampante è quanto accaduto con il tema del *ne bis in idem*³⁶ che, di estrema rilevanza soprattutto in materia di immigrazione, è diventato oggetto di serie valutazioni solo quando ne è emerso un significativo impatto nel diritto dei mercati finanziari, data chiaramente la ricchezza del settore.

Ma tornando alla *governance* bancaria in senso stretto, l'organo con funzione di supervisione strategica deve, ovviamente, tenere conto di tutti gli emergenti fattori di rischio fin dal momento della predisposizione delle strategie aziendali, anche elaborando dei processi di rilevazione e gestione del rischio.

Proprio a questo fine viene predisposto il Comitato Rischi come articolazione competente interna all'organo amministrativo. Evidentemente, dunque, oltre alle caratteristiche di cui si è detto sopra, i componenti del Comitato devono essere dotati di requisiti di competenza che li rendano idonei ad adempiere agli incarichi che gli si prospettano. Ed infatti la complessità di certi tipi di fattori di rischio, specialmente di recente affermazione, richiede preparazione ed esperienza notevoli.

A proposito di questa questione sono necessarie delle precisazioni. L'articolo 26 TUB, nel disporre che gli esponenti aziendali delle banche devono integrare dei requisiti di indipendenza, onorabilità e professionalità, rimette al Ministro dell'Economia e delle Finanze l'emanazione di un decreto che individui in maniera precisa il modo in cui questi contenuti generici devono declinarsi rispetto ai componenti dell'assetto organizzativo bancario. L'emanazione del decreto, a lungo attesa, è avvenuta solo nel 2020 (Decreto 23 novembre 2020, n. 169). Questo, all'articolo 7, individua i requisiti di professionalità dei soggetti che hanno funzioni di amministrazione e direzione³⁷. In particolare, la norma precisa che gli amministratori non esecutivi devono essere scelti tra persone che per almeno tre anni hanno, anche alternativamente, esercitato:

³⁶ In argomento si è scritto molto, si veda *ex plurimis* BINDI E., LUCARELLI P., PISANESCHI A., *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 3/2021, pp. 553-610 che analizza la giurisprudenza più significativa sulla questione.

³⁷ Cfr. SERAFIN G., LAURO A., *La governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale*, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca'Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, pp. 157 ss. per un'analisi dell'impatto che i requisiti di competenza e professionalità hanno sulla determinazione della responsabilità dei componenti degli organi sociali. Sul Decreto 169/2020 si veda LEMBO M., *Esponenti bancari: il "fit and proper" dopo il decreto di attuazione dell'art. 26 TUB*, in *Non solo diritto bancario*, pp. 1-13. CIVALE F., *Requisiti e criteri di idoneità degli esponenti aziendali delle banche: prime riflessioni in margine al Decreto MEF*, in *Non solo diritto bancario*, pp. 1-13.

«a) attività di amministrazione o di controllo o compiti direttivi nel settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo;

b) attività di amministrazione o di controllo o compiti direttivi presso società quotate o aventi una dimensione e complessità maggiore o assimilabile (in termini di fatturato, natura e complessità dell'organizzazione o dell'attività svolta) a quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto³⁸».

oppure

«a) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all'attività della banca; l'attività professionale deve connotarsi per adeguati livelli di complessità anche con riferimento ai destinatari dei servizi prestati e deve essere svolta in via continuativa e rilevante nei settori sopra richiamati;

b) attività d'insegnamento universitario, quali docente di prima o seconda fascia, in materie giuridiche o economiche o in altre materie comunque funzionali all'attività del settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo;

c) funzioni direttive, dirigenziali o di vertice, comunque denominate, presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo e a condizione che l'ente presso cui l'esponente svolgeva tali funzioni abbia una dimensione e complessità comparabile con quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto³⁹».

Il decreto individua quindi i requisiti di competenza sulla base dell'organo di appartenenza di ciascun esponente aziendale, senza entrare più nel dettaglio. Non si fa riferimento a competenze specifiche richieste agli amministratori non esecutivi che facciano parte di comitati endo-consiliari, se non nelle disposizioni relative alla disciplina del cumulo degli incarichi, in cui è previsto che non è possibile assumere più di un incarico esecutivo e due non esecutivi o quattro incarichi non esecutivi⁴⁰, salva l'applicazione dell'articolo 19 il quale consente l'attribuzione di un incarico non esecutivo aggiuntivo quando questo non pregiudichi la capacità del soggetto investito di dedicare il tempo necessario al corretto espletamento di tutte le proprie funzioni e comunque, mai ad un soggetto che faccia parte di un comitato endo-consiliare.

³⁸ Comma 1 articolo 7 del Decreto 169/2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

³⁹ Comma 2 articolo 7 del Decreto 169/2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁴⁰ Articolo 17 del Decreto 169/2020 del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Non ci si può aspettare ovviamente maggiore precisione neppure dal Codice di *Corporate Governance*, data la sua applicabilità anche ad imprese non bancarie. Esso fa solo riferimento alla necessità che almeno un esponente del Comitato Rischi abbia competenza in materia contabile e finanziaria o di gestione dei rischi⁴¹.

Come si è detto, il presidente del Comitato è scelto tra i membri indipendenti⁴², che sono in maggioranza. Anche quanto al requisito di indipendenza le fonti di riferimento sono il decreto attuativo dell'articolo 26 TUB⁴³ ed il Codice di *Corporate Governance* (infatti, per le banche quotate la disciplina sui criteri di indipendenza va letta in combinato disposto con il codice di autodisciplina, che, tra le altre cose, è stato la principale fonte di riferimento nelle more dell'emanazione del Decreto). In particolare, l'articolo 13 del decreto dispone che si considera indipendente il consigliere non esecutivo per il quale non ricorrano determinate condizioni, tra cui sono annoverati legami di parentela, rapporti professionali (componente del consiglio di amministrazione, di sorveglianza o di gestione nonché di direzione presso la banca per più di nove anni negli ultimi dodici), incarichi politici nazionali o europei.

Il Codice di *Corporate Governance* prevede che l'organo di amministrazione si occupi di accertare l'indipendenza dei non esecutivi subito dopo la nomina, ma anche durante il mandato qualora si verificano delle circostanze che possono incidere sulla stessa, e in ogni caso almeno ogni anno. Appare particolarmente interessante che il codice, nell'individuare gli indicatori dell'indipendenza di un amministratore, faccia riferimento alle «circostanze che compromettono, o appaiono compromettere, l'indipendenza⁴⁴», rendendo evidente quanto sia importante non solo l'indipendenza effettiva ma anche l'apparenza della stessa. Questo dato acquista centrale rilievo a maggior ragione nelle imprese bancarie, in cui, come si è visto, l'elemento reputazionale assume i connotati di un vero e proprio rischio.

⁴¹ Raccomandazione 35.

⁴² Riguardo l'opportunità di questa previsione si rimanda a CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 24 e 25 in cui l'autore riflette sul depotenziamento del ruolo del presidente del consiglio di amministrazione che ne deriva.

⁴³ L'articolo 26 TUB prescrive requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza per gli esponenti aziendali dell'impresa bancaria. La norma è rimasta a lungo inattuata in quanto essa rimette l'esplicitazione di questi requisiti ad un decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, adottato sentita la Banca d'Italia, che non è stato emanato fino al 2020 (Decreto 169/2020).

⁴⁴ Codice di *Corporate Governance*, Raccomandazione n. 7.

4. Il ruolo concreto del Comitato Rischi nelle banche di maggiori dimensioni

Dalla lettura attenta della Circolare 285, accompagnata da un'analisi della concreta operatività dei comitati endo-consiliari e, soprattutto, del Comitato Rischi, nelle grandi banche emerge una distonia tra la progettazione formale e la concreta operatività del meccanismo che si è descritto. La Circolare si propone infatti la predisposizione di un Comitato con un ruolo meramente consultivo e di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica, ma già a livello teorico presenta dei punti di debolezza. Ed infatti rimette al Comitato Rischi, da una parte, una serie di attribuzioni particolarmente penetranti, e dall'altra, competenze molto ampie e talvolta generiche che lo portano a monopolizzare tutte le aree di cognizione dell'organo con funzione di supervisione strategica attinenti al sistema dei controlli interni⁴⁵. Si tratta di competenze di carattere particolarmente ampio, di fronte alle quali pare legittimo quantomeno dubitare del fatto che si pongano alla base di un'attività di mera consultazione⁴⁶ e non anche di preparazione della decisione, se parlare di funzione decisoria sembra azzardato.

Dal punto di vista pratico poi, soprattutto nelle banche di grandi dimensioni, il Comitato Rischi assume una funzione di assoluta centralità nell'andamento del sistema dei controlli interni, facendo molto più di una semplice preparazione degli elementi istruttori e informativi sulla base dei quali l'organo collegiale è poi chiamato a decidere in tutta autonomia. Un contesto di questo tipo rende tangibile la possibilità che l'organo con funzione di supervisione strategica sia ridotto a mera facciata, svolgendo in concreto un'attività di semplice recepimento e formalizzazione di decisioni assunte, in sedi differenti, dai consiglieri a cui sono attribuite le funzioni proprie di ciascun comitato interno.

Dalla formulazione della Circolare 285 derivano anche altre perplessità maggiormente comprensibili dopo aver analizzato, come si è fatto, la composizione del Comitato Rischi e le caratteristiche dei diversi sistemi di amministrazione e controllo.

⁴⁵ RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 103, con particolare riguardo alla nota 96 in cui l'autore dà evidenza di quanto si è detto sopra, elencando le diverse competenze del Comitato Rischi sulla base del contenuto della Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 20, 21.

⁴⁶ CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 25.

Infatti, la Circolare 285 dispone che i comitati endo-consiliari devono essere istituiti all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica. Evidentemente la Banca d'Italia non tiene conto di una problematica di cui si è già detto nel capitolo precedente, ossia il fatto che nelle banche che adottano il sistema dualistico, la funzione di supervisione strategica è rimessa variabilmente al consiglio di sorveglianza o al consiglio di gestione, a seconda che lo statuto attui o meno l'ormai infelicemente nota lettera *f bis* dell'articolo 2409 *terdecies* c.c.

Alle problematiche che già si è detto sorgono nei casi in cui al consiglio di sorveglianza sia attribuita la funzione di supervisione strategica si aggiunge la necessità, in questo caso, di costituire i comitati endo-consiliari all'interno dello stesso. Una situazione di questo tipo comporta, infatti, un'exasperazione delle già difficoltose asimmetrie informative che normalmente affliggono il rapporto tra amministratori non esecutivi membri del Comitato Rischi e non esecutivi esclusi dal comitato. Ed infatti, in questo caso, i problemi di raccordo con i membri del consiglio di sorveglianza che non fanno parte del Comitato Rischi, sorgono anche rispetto al consiglio di gestione, in particolar modo con riguardo ai membri dello stesso che non sono esecutivi. Questi, come è evidente, soffrono di una asimmetria informativa "al quadrato". Del resto, anche dati conseguenti all'osservanza del fenomeno in banche che in passato adottavano il modello dualistico dimostrano che «Complessivamente insoddisfacente è il *raccordo* fra comitati istituiti in seno al consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione⁴⁷».

Tra l'altro, bisogna sottolineare che situazioni di questo tipo sono la regola nel contesto di nostro interesse, in quanto l'esperienza ha dimostrato che nelle grandi banche il consiglio di sorveglianza non è mai mero organo di controllo, ma funge da sede di incontro e decisione fra esponenti della compagine azionaria di maggiore rilievo⁴⁸. Evidentemente si creano degli equilibri che non possono non essere presi in considerazione ai fini della determinazione dei diversi gradi di responsabilità degli amministratori. Ma di questo si dirà più avanti⁴⁹. In questo momento ciò che invece preme segnalare è un altro dei limiti riscontrabili nella disciplina della Circolare; tant'è che non sono mancati, in dottrina, i pareri a favore di un intervento legislativo volto a prevedere

⁴⁷ LENER R., *Comitati interni e consiglieri "non sorveglianti"*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2007, p. 376.

⁴⁸ Ancora LENER R., *op. cit.*, p. 378.

⁴⁹ Cfr. §5, Capitolo II, Parte II di questo lavoro.

una regolamentazione specifica per il modello dualistico e monistico superando i problematici rimandi alla disciplina del sistema tradizionale⁵⁰.

4.1. Il problema delle asimmetrie informative

La principale ragione che si pone alla base del rilascio di deleghe gestorie agli amministratori esecutivi è l'esigenza di garantire una certa snellezza e dinamicità nella gestione delle imprese⁵¹, specialmente se di grandi dimensioni e, dunque, caratterizzate da complessi apparati organizzativi che potrebbero ostacolare i processi decisionali. A questa motivazione si accompagna la necessità di affidare la gestione quotidiana a soggetti dotati di precise competenze e coinvolti nell'operatività *day to day* dell'impresa⁵², rispetto invece ad un organo collegiale dalle competenze più variegata e che si riunisce con nettamente minore frequenza. Rimane però pacifico, sulla base di una granitica giurisprudenza⁵³ e dottrina⁵⁴, che la delega gestoria non sottrae all'organo collegiale le attribuzioni delegate, ma determina una competenza concorrente sulle stesse, attribuendo al collegio una posizione di sovraordinazione e di supervisione dell'operato dei delegati.

Del resto, la formulazione dell'articolo 2381 c.c. venuta fuori dalla riforma sembra diretta a mantenere la centralità del Consiglio di amministrazione nella gestione dell'impresa,

⁵⁰ IRRERA M., *Aspetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2015, p. 535 nota 16.

⁵¹ SCARPA D., *La delega nella S.P.A.: principi e finzioni*, in *Il diritto privato oggi* (a cura di Paolo Cedon), Giuffrè, Milano, 2010, p. 19.

⁵² In argomento TISCIONE G., *Esercizio del credito e delega "esterna" nella società bancaria*, [Tesi di dottorato], Roma, Università L.U.I.S.S. Guido Carli, 2008.

⁵³ In questo contesto sono interessanti taluni interventi della Suprema Corte che rafforzano massimamente tale concetto nell'ambito del settore bancario. Tra questi la Cassazione civile, Sez. II., n. 2620 del 4 febbraio 2021 sulla responsabilità degli amministratori non esecutivi di banche in cui si conferma un orientamento consolidato secondo cui la loro responsabilità è valutata più gravemente rispetto a quanto avviene nei riguardi degli amministratori non esecutivi di società non bancarie. Ma anche Cassazione civile, Sez. II, n. 24851 del 4 ottobre 2019 sempre riguardo la responsabilità degli amministratori non esecutivi delle banche.

⁵⁴ In questo senso, *ex multis*, GENTILI M.P., NAVA O., *L'evoluzione dei comitati endo-consiliari nella corporate governance*, in *FCHUB*, 03/06/2017, p.2. DE POLI M., *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2022, pp. 446-465. PANDOLFINI V., *La responsabilità degli amministratori senza delega*, in *Diritto societario*, 5 gennaio 2023, reperibile all'indirizzo <https://assistenza-legale-imprese.it/responsabilita-amministratori-senza-delega/>.

Si vedano anche PASSADOR M.L., *Gli amministratori non esecutivi di società bancarie nella giurisprudenza*, in *Giurisprudenza italiana*, commento alla sentenza della Cassazione civile, Sez. II, n. 24851 del 4 ottobre 2019, pp. 867-873 e RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, in particolare il §4 per una analisi critica della recente giurisprudenza in materia.

evitando che il rilascio delle deleghe possa spogliare gli amministratori deleganti delle loro funzioni. La Riforma ha ridisegnato i rapporti tra deleganti e delegati imponendo in capo ai primi un obbligo di vigilanza che si alimenta del dovere dei secondi di rendere periodicamente adeguate informazioni sulla gestione⁵⁵.

Non si tornerà in questa sede sul tema, già affrontato, del dovere di agire informati. Questa premessa, che apparentemente non riguarda l'oggetto di questo capitolo in quanto, come si è detto, il Comitato Rischi non è composto da delegati né tantomeno destinatario di deleghe in senso stretto, è utile a soffermarsi sul tema delle asimmetrie informative. Infatti, uno dei principali problemi che affliggono il rapporto tra deleganti e delegati è proprio la sproporzione tra il patrimonio informativo e conoscitivo degli esecutivi e quello dei deleganti. All'inevitabilità di una situazione di questo tipo si è rimediato con un adeguamento della disciplina della responsabilità, prevedendo l'esclusione della solidarietà in caso di attribuzione di specifiche funzioni ad uno o più amministratori. Sul preciso dettato normativo si tornerà nel prossimo paragrafo, ma un dato è di immediata evidenza: al problema delle asimmetrie informative il legislatore risponde con una redistribuzione delle responsabilità.

Una circostanza analoga si verifica nel rapporto tra gli amministratori esclusi dal Comitato Rischi e quelli che ne fanno parte. Ai secondi sono rimesse, come si è potuto constatare, molte funzioni, talvolta estremamente precise, altre volte di natura più generica, che vedono il Comitato coinvolto attivamente nello svolgimento di tutte le competenze dell'organo con funzione di supervisione strategica che attengono al sistema dei controlli interni. Quest'ultimo appare quindi coinvolto solo in una fase finale, che in concreto si sostanzia nella formalizzazione di decisioni già assunte sulla base di un corredo informativo molto articolato, che inevitabilmente non arriva *in toto* all'organo collegiale. I comitati endo-consiliari, quello Rischi in particolare, finiscono così per avere nella *governance* bancaria «un ruolo nei fatti superiore rispetto al loro carattere di organismi non decisori⁵⁶». Come agire rispetto ad una situazione di questo tipo?

⁵⁵ In argomento si vedano MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci di società di capitali*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2019, pp. 117-149; MOSCO G.D., *Commenti sub artt. 2380 a 2389*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI G. E STAGNO D'ALCONTRES A., *cit*, vol II, pp. 579 ss, Jovene, Napoli, 2004.

⁵⁶ Vd. VENTURINI G.E., *Evoluzione e tendenze in atto nei board delle banche*, in *Banca Impresa Società*, 2/2019, p. 255.

5. La necessità di redistribuzione delle responsabilità alla luce di una funzione formalmente ancillare e sostanzialmente para-delegata (?)

Come abbiamo più volte sottolineato, i poteri del Comitato Rischi sono molto ampi. Tuttavia, questi devono trovare un limite in una precisa disposizione della Circolare 285 che, nel definire i caratteri comuni a tutti i comitati endo-consiliari, prevede che «l'istituzione dei comitati non deve comportare una limitazione dei poteri decisionali e della responsabilità degli organi aziendali al cui interno sono costituiti⁵⁷». È questa la ragione per cui il Comitato Rischi è privo di potere decisionale⁵⁸.

A questo punto, una precisazione è doverosa. Pur non essendo dotato di poteri decisionali, infatti, il Comitato è comunque titolare di funzioni molto significative⁵⁹, che hanno un certo peso sull'operato dell'organo con funzione di supervisione strategica e che comportano delle conseguenze di non poco conto anche rispetto alla responsabilità dei suoi componenti. Infatti, nell'adempiere alle loro funzioni, i membri del Comitato entrano in contatto con gli altri organi societari e soprattutto con le funzioni aziendali di controllo, da cui ricevono significative informazioni sulle dinamiche gestorie. È evidente che dei flussi informativi che continuamente sono scambiati tra le diverse funzioni, i dati forniti all'organo collegiale sono limitati e funzionali a specifiche decisioni. Pertanto, si generano delle asimmetrie informative tra i componenti del Comitato Rischi e i membri dell'organo con funzione di supervisione strategica che non fanno parte del Comitato. Ne consegue che l'organo collegiale delibera il più delle volte affidandosi al Comitato e presumendo la correttezza della sua attività istruttoria e di controllo⁶⁰.

La Circolare 285, nel tentativo di responsabilizzare l'organo collegiale attribuendo al Comitato Rischi compiti di solo supporto, in realtà non tiene conto del fatto che concretamente esso assume un ruolo preminente in materia di controllo, rivestendo una

⁵⁷ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 21, §2.3.1. lettera a n 1.

⁵⁸ Sul punto CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 25 specifica che la scelta di non attribuire poteri decisionali ai comitati endo-consiliari è condivisa dalla maggioranza degli ordinamenti europei in contrasto con quanti sostengono la necessità di attribuire una vera e propria delega al controllo dei rischi. L'assenza di potere decisionale consente di tenere distinte la funzione di supervisione strategica e di controllo dalla funzione di *risk management*, ma soprattutto consente di «investire l'intero organo collegiale della responsabilità strategica e di controllo concernente il governo dei rischi».

⁵⁹ Così RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, §6.4.

⁶⁰ Così CALANDRA BUONAURA V., *op. cit. ibidem.*, ma anche RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 102.

funzione addirittura «para-delegata⁶¹». Il che è certamente acuito, se non addirittura determinato, dal carattere di obbligatorietà che questo Comitato assume nelle banche di grandi dimensioni e, in quelle intermedie, per espressa previsione della Circolare.

Nei fatti l'attività del Comitato Rischi non costituisce solo il lavoro preparatorio sulla cui base il consiglio esegue delle valutazioni approfondite e complete ai fini dell'assunzione di una certa decisione; l'esito delle valutazioni del Comitato non è solo uno degli innumerevoli elementi⁶² da prendere in considerazione ai fini di una delibera. Ed infatti, l'obiettivo della costituzione dei comitati interni è quello di “delegare” la predisposizione di un adeguato tessuto informativo ad una parte di amministratori dotati di specifiche competenze ed in grado di costruire in tempi rapidi una base solida su cui fondare le

⁶¹ RIGANTI F., *op.ult.cit.*, p. 103.

⁶² Il Trib. Roma, sez. spec. impr., 15 maggio 2019, si pronuncia invece in questi termini, adottando una posizione condivisa dalla giurisprudenza di legittimità con delle pronunce da questo punto di vista non pienamente convincenti. Il Tribunale di Roma considera l'attività del comitato interno una mera fase intermedia nel complesso procedimento che si conclude con la decisione collegiale. La posizione del Comitato, in quanto priva di vincolatività, è considerata dal tribunale inidonea «ad alterare i meccanismi di distribuzione delle responsabilità» all'interno dell'organo amministrativo. Utile è il riferimento alla massima della sentenza, reperibile in *giurisprudenzadelleimprese.it*, con nota di FUMAROLA G.M., *Responsabilità dei membri di un comitato endoconsiliare con funzioni solamente consultive. Natura del termine quinquennale ex art. 2393, c. 4, c.c. competenza a deliberare elargizioni premiali per gli amministratori*: «Non è configurabile in capo ai membri di un comitato endo-consiliare avente funzioni solamente consultive un autonomo e specifico titolo di responsabilità allorché il plenum consiliare abbia adottato una deliberazione in tesi pregiudizievole per il patrimonio sociale su proposta di tale comitato, posto che il Consiglio di Amministrazione è sempre nella piena libertà di deliberare disattendendo il parere del comitato».

Anche la Cassazione (Civile, sez. 2, sentenza n. 23554 del 27 ottobre 2020), in un caso che riguardava il comitato per la remunerazione costituito in seno al consiglio di amministrazione della banca Monte dei Paschi di Siena, si pone sulla stessa linea interpretativa, negando che le funzioni dei comitati endo-consiliari possano essere considerate alla stregua di una delega. Pertanto, non risulta ad esse applicabile la relativa disciplina. Le ragioni di tale esclusione sono ravvisate in due aspetti: prima di tutto nel carattere non decisionale delle funzioni del Comitato ed in secondo luogo nella non delegabilità della competenza di deliberare sull'entità della remunerazione del direttore generale, la quale sarebbe esclusivamente imputata al consiglio di amministrazione nel suo complesso. Se per le ragioni di cui si dice nel corpo del testo non sembra ammissibile l'argomentazione relativa al carattere non decisivo dei poteri del Comitato quale elemento escludente l'esenzione da responsabilità, pare invece calzante la questione della non delegabilità delle funzioni, che può essere trasposta negli stessi termini anche alla situazione del Comitato Rischi. Va precisato che questa giurisprudenza riguarda casi di irrogazione di sanzioni e non responsabilità civile. Ciò nonostante, risulta utile per comprendere le differenze tra la delega in senso stretto e le attribuzioni del Comitato Rischi. Inoltre, vale la pena segnalare che in questa sentenza la Corte fornisce anche un chiarimento circa la distribuzione di responsabilità tra deleganti e delegati, confermando il proprio orientamento in materia. Si afferma che il rilascio della delega non esclude la responsabilità dei consiglieri deleganti, il cui dovere di agire informati non può essere rimesso alle sole segnalazioni provenienti dai delegati. Essi devono invece avere una «adeguata conoscenza del *business* bancario e, essendo compartecipi delle decisioni di strategia gestionale assunte all'interno del consiglio, hanno l'obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi di tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter efficacemente esercitare una funzione di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi [...] anche ai fini dell'esercizio dei poteri, spettanti al consiglio di amministrazione, di direttiva o avocazione concernenti operazioni rientranti nella delega» (vd. §4.2 della sentenza).

decisioni del collegio, che il più delle volte non ha la preparazione adeguata a comprendere certe questioni, né l'opportuna conoscenza della materia su cui è chiamato a decidere⁶³.

Assunto questo stato delle cose, un tema di acceso dibattito è stato negli ultimi anni quello della corretta distribuzione di responsabilità tra il Comitato Rischi e l'organo con funzione di supervisione strategica per quanto attiene alla materia dei controlli interni. Le posizioni che si sono attestate in dottrina sono sostanzialmente riconducibili a due categorie: da una parte quella di chi sostiene la necessità di una redistribuzione della responsabilità che tenga conto del potere fattuale dei comitati endo-consiliari, e dall'altra quella di quanti, con varie argomentazioni, ritengono inopportuna tale redistribuzione. Questa seconda posizione è peraltro condivisa dalla giurisprudenza di merito e di legittimità. Si procederà, pertanto, all'esposizione, nell'ordine anticipato, delle diverse opinioni, per poi giungere a delle note di sintesi.

Partendo dalla prima delle due categorie, si deve segnalare che sebbene quello del Comitato Rischi, come si è visto, non sia un potere decisionale, ma abbia carattere istruttorio, propositivo e consultivo, c'è chi ritiene che l'esercizio dello stesso possa comportare un'esclusione della responsabilità degli amministratori estranei al Comitato⁶⁴; ciò in ragione di quanto previsto dall'articolo 2392 comma 1 del c.c., il quale dispone che gli amministratori sono solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società in conseguenza della violazione dei loro doveri, «a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di **funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori**⁶⁵». La norma non specifica di che tipo di funzioni si tratta, se ne deduce che non sia condivisibile la posizione di chi sostiene che l'esenzione da responsabilità dei deleganti è una conseguenza del solo esercizio di potere decisionale da parte degli esecutivi. In altre parole, sarebbe scorretto affermare che l'esclusione della responsabilità solidale possa ricorrere solo quando l'atto compiuto dal delegato (o dal soggetto investito *de facto* di una funzione) abbia natura decisionale.

⁶³ Così, sugli obiettivi della costituzione dei comitati interni, GENTILI M.P., NAVA O., *L'evoluzione dei comitati endo-consiliari nella corporate governance*, in *FCHUB*, 03/06/2017, pp. 1-7.

⁶⁴ Tra gli altri STELLA RICHTER M., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Rivista delle società*, 12/2012, pp. 663-676; BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, UTET, 2013, p. 112; Si veda anche HOUBEN M., *La distribuzione della responsabilità nei consigli di amministrazione con comitati interni investiti di funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2022, pp. 439-472.

⁶⁵ Il grassetto è stato aggiunto dall'autrice.

Tra l'altro, quale condotta è opportuno aspettarsi dai deleganti, di fronte al parere non vincolante reso dal Comitato, perché essa possa considerarsi diligente? Un controllo teso a ravvisare elementi sospetti e segnali di allarme che inducano eventualmente ad approfondire la questione, mettendo in dubbio l'attendibilità delle informazioni ricevute? O un accertamento approfondito presumendo aprioristicamente tale inattendibilità? Se si condividesse la seconda posizione, indubbiamente, si frustrerebbe la stessa *ratio essendi* del Comitato. D'altro canto, sebbene l'attribuzione dei poteri al Comitato non possa essere considerata alla stregua del conferimento di deleghe decisionali, il fatto che il comma 1 dell'articolo 2392 c.c. si riferisca anche all'attribuzione di poteri *de facto* induce a ritenere che le regole applicabili alla disciplina delle deleghe possano trovare cittadinanza anche in questo contesto. Per cui, pare logico pensare che anche rispetto alle attribuzioni del Comitato Rischi gli amministratori non delegati non stiano a scandagliare analiticamente l'affidabilità delle informazioni ottenute quando non vi sono circostanze che generano un qualche sospetto. Anche perché, ritenere il contrario comporterebbe il riconoscere la doverosità di una inutile duplicazione di funzioni⁶⁶.

Il quadro appena prospettato porta una parte della dottrina a concludere che le attribuzioni del Comitato Rischi costituiscono una sorta di delega impropria, che, in quanto tale, legittima l'operatività del 2392 comma 1, liberando i deleganti dalla responsabilità solidale per gli atti compiuti dal Comitato nell'esercizio delle sue funzioni. I sostenitori di questa posizione chiaramente auspicano un intervento normativo di redistribuzione delle responsabilità o comunque un adattamento del sistema attuale mediante un mutamento interpretativo della giurisprudenza⁶⁷ che dia rilievo a quello che essi reputano il corretto significato del disposto dell'articolo 2392 c.c.

Per non dare una visione monca della questione, è doveroso segnalare che non tutta la dottrina è conforme nel ritenere applicabile la scriminante di cui al comma 1 dell'articolo

⁶⁶ Si rimanda diffusamente al testo di HOUBEN M., *La distribuzione della responsabilità nei consigli di amministrazione con comitati interni investiti di funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2022, che è particolarmente chiaro sul tema.

⁶⁷ Sembra che ad un adattamento della giurisprudenza ambisca anche RIGANTI F., *Rassegna di giurisprudenza – Società per azioni Responsabilità degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, p. 183, in cui l'autore ritiene opportuno che il tema delle responsabilità venga «esplorato con maggiore attenzione in sede giurisprudenziale con riferimento ad ipotesi invece connotate da comitati formalmente consultivi ma sostanzialmente operativi», riferendosi al Comitato Rischi, come si evince anche dalla nota dedicata alle riflessioni di CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015.

2392 anche ai casi di esercizio di poteri rimessi al Comitato Rischi. In senso esattamente opposto si pongono infatti gli esponenti della seconda categoria di cui si è accennato, i quali fanno notare che queste attribuzioni di deleghe improprie non sarebbero legittimate dall'assemblea dei soci⁶⁸. Per cui, trattandosi di materie che non possono essere oggetto di vere e proprie deleghe, ne deriverebbe l'impossibilità per gli amministratori estranei al Comitato di vedersi deresponsabilizzati dopo aver tenuto le medesime condotte ritenute doverose verso l'operato degli esecutivi.

Si tratta certamente di un'argomentazione che presenta i suoi punti di forza, forse anche condivisibile se ci si limita a contestualizzarla nel diritto comune. Ma si ricorderà che nel diritto bancario l'obbligatorietà del Comitato Rischi, per certi tipi di banche, è prevista direttamente della normativa di settore. Evidentemente, di fronte ad una previsione vincolante, dell'autorizzazione dei soci ci si fa ben poco e quindi la mancanza della stessa non può certo essere il motivo di esclusione dell'applicazione dell'articolo 2392 comma 1 c.c.

A parere di chi scrive però, nessuna delle due argomentazioni esposte sopra appare condivisibile. La seconda, per i motivi di cui già si è detto, la prima per ragioni che si discuteranno a breve. Sembra semmai che la ricerca della *μεσότης* possa portare ad una visione più corretta.

Pare opportuna, a questo punto, una breve premessa. La complessità della questione della responsabilità è probabilmente determinata da una duplice distonia normativa tra disposizioni interne alla Circolare 285 e tra la stessa Circolare e l'articolo 2392 c.c. Ma andiamo con ordine.

La Circolare di Banca d'Italia sembra presentare delle contraddizioni intrinseche nella disciplina del rapporto tra l'organo con funzione di supervisione strategica ed i comitati endo-consiliari, in special modo il Comitato Rischi. L'autorità di vigilanza prevede infatti, come si è detto in apertura del paragrafo, che la costituzione di comitati interni all'organo con funzione di supervisione strategica non debba in alcun modo comportare una limitazione della responsabilità di quest'ultimo. Evidentemente, l'obiettivo è quello di evitare che rispetto a materie di una certa delicatezza si possa realizzare un assetto che

⁶⁸ BRIOLINI F., *Commento sub art. 2392 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, I, Milano, Giuffrè, 2016, 1393-1394. Non si deve dimenticare infatti che l'articolo 2381 comma 2 c.c. prevede che le deleghe possono essere attribuite unicamente se lo prevede lo statuto o una delibera assembleare.

costituisca una fonte di deresponsabilizzazione dell'organo collegiale⁶⁹. Nella stessa direzione va un'altra disposizione della Circolare, questa volta ancor più circostanziata rispetto al tema di nostro interesse: «Oltre alle attribuzioni non delegabili per legge, spettano all'organo con funzione di supervisione strategica e non possono formare oggetto di delega: i) tutti i compiti che questo organo svolge ai sensi della precedente linea applicativa b) e del Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, par. 2; [...]»⁷⁰. Quali sono questi compiti? Tutti quelli attinenti alla predisposizione ed alla supervisione del sistema di controllo interno.

La ragione di previsioni di questo tipo è palese. Come si è già detto, l'obiettivo è evitare di fornire al consiglio di amministrazione degli strumenti di deresponsabilizzazione. Di che tipo di strumenti si tratta? Chiaramente di un assetto organizzativo che consenta di integrare la fattispecie di cui al comma 1 dell'articolo 2392 c.c., che esclude la responsabilità solidale degli amministratori deleganti nelle ipotesi in cui ricorrano specifiche attribuzioni del comitato esecutivo, o anche attribuzioni di funzioni in concreto ad uno o più amministratori. Vero è che il comma 2 dello stesso articolo attenua immediatamente questa previsione, ma il dato dell'esclusione da responsabilità rimane. Ora, l'argomentazione di quanti sostengono che le funzioni dei comitati endo-consiliari possono rientrare nel comma 1 del 2392, in ragione del riferimento all'attribuzione di poteri *de facto*, appare non condivisibile alla luce di quanto dispone la Circolare.

Se le funzioni attinenti alla predisposizione e alla supervisione del sistema dei controlli interni non sono delegabili, per evitare deresponsabilizzazione, non ha senso dire che esse consentono l'esenzione da responsabilità in ragione di un'attribuzione fattuale di potere. Questo consentirebbe agli amministratori di aggirare le norme sul divieto di delega, attribuendo loro il potere di affidare in concreto delle funzioni ad altri organi e quindi di liberarsi da responsabilità. In altri termini, non pare corretto affermare che il consiglio di amministrazione non possa delegare delle funzioni che però può attribuire in concreto ad un altro organo, perseguendo lo stesso risultato che otterrebbe qualora la delega gli fosse concessa e cioè la liberazione da responsabilità solidale.

⁶⁹ Sul dibattito relativo alla deresponsabilizzazione conseguente al rilascio delle deleghe si veda CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, p. 20.

⁷⁰ Circolare 285, Parte prima, Titolo IV, Capitolo 1, Sezione III, §2.2, lett. e.

Certo, non si può negare che la Circolare presenta delle contraddizioni intrinseche nella misura in cui convivono con le previsioni appena esposte delle norme che, invece, attribuiscono al Comitato Rischi amplissimi poteri proprio in quelle materie, di cui al Tit. IV, Cap. 3, Sez. II, par. 2, che sono teoricamente non delegabili. Inoltre, la previsione dell'obbligatorietà del Comitato Rischi per le banche di grandi dimensioni sembra cozzare con tutto il quadro che la stessa Circolare prospetta, perché ha come conseguenza quella funzione di fatto para-delegata di cui si è detto in apertura. Possibilità che è sostanzialmente legittimata da quella stessa autorità di vigilanza che formalmente la esclude. Per cui, dire che non si tratti di delega in ragione dell'assenza di una legittimazione dei soci non sembra un'argomentazione tanto forte.

In verità, la dinamica descritta è realmente farraginoso e difficile da districare perché, a parere di chi scrive, origina da un'incoerenza, interna alla Circolare, che genera anche dei problemi di coordinamento con il dettato codicistico. Si potrebbe però avanzare l'idea che, probabilmente, proprio l'obbligatorietà della costituzione del Comitato Rischi contribuisca a complicare il quadro. Infatti, la presenza necessaria di un organo con delle funzioni delineate in maniera rigida a livello regolamentare rende insuperabile il problema delle asimmetrie informative, per quanto si possa favorire un flusso di informazioni costante e ben alimentato. Viceversa, se si desse anche alle grandi banche la possibilità di decidere in maniera autonoma se costituire o meno il Comitato, sarebbero gli stessi amministratori a valutare l'opportunità dell'introduzione dello stesso e le modalità organizzative più idonee ad instaurare con il Comitato un rapporto che escluda il recepimento al buio di decisioni assunte in sedi diverse da quella consiliare. Posto che comunque un organo deputato al controllo non sarebbe assente, essendo previsto da ciascun sistema di *corporate governance*⁷¹. Di questo però si dirà meglio nell'ultimo capitolo, quando, dall'analisi delle specifiche funzioni del Comitato Rischi, emergeranno delle significative sovrapposizioni con le attribuzioni degli organi deputati alla funzione di controllo. Sovrapposizioni che indurranno a riflettere sulla necessità della coesistenza di così tanti soggetti tutti deputati a svolgere pressappoco le stesse mansioni.

Forse anche su questo sarebbe opportuno un intervento normativo chiarificatore, che renda una volta per tutte evidenti gli assetti di responsabilità, sottraendo alla

⁷¹ Si ricorda che è la stessa Circolare 285 a precisare che i comitati che assumono la funzione di organo di controllo nei sistemi alternativi di *corporate governance* vanno tenuti distinti dai comitati endo-consiliari di cui al §2.3.1. lett. a della Circolare stessa (Parte prima, IV, 1, 20).

giurisprudenza lo scomodo compito di sopperire alle carenze normative con interpretazioni deboli e che facilmente prestano il fianco ad argomentazioni ben affilate. Per il momento, il contesto normativo ed esigenze concrete di stabilità ed affidabilità del sistema dei controlli sembrano escludere l'esigenza di una redistribuzione delle responsabilità, che alleggerisca la posizione dei membri del consiglio di amministrazione, per prendere atto di una realtà operativa priva di solide basi normative e nemmeno particolarmente convincente in termini di opportunità e convenienza.

D'altro canto, indipendentemente dalla qualificazione teorica del potere dei comitati endo-consiliari⁷², che pure, si badi, non è affatto secondaria, sarebbe considerevole il rischio di trattare le loro funzioni come se fossero oggetto di delega⁷³. Infatti, altro è

⁷² Si rimanda a tal proposito nuovamente alla lettura di LENER R., *Comitati interni e consiglieri "non sorveglianti"*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2007, pp. 369-379.

⁷³ Pare opportuno a questo punto un breve *focus* sul concetto di delega in generale, al fine di inquadrare la questione che si sta analizzando in un'ottica societaria ancor prima che aziendalistica. La delega è un atto unilaterale recettizio con cui una parte conferisce ad un'altra tutti o parte dei poteri e doveri che le sono attribuiti dalla legge (così LEVIS M., GROMIS DI TRANA E., *Il conferimento della delega nell'ambito delle società di capitali*, in *Diritto e pratica delle società*, 2001). Nelle società che si caratterizzano per delle dimensioni considerevoli, o che comunque presentano una certa complessità gestoria, è consueto che il consiglio di amministrazione (se lo statuto o l'assemblea ordinaria lo consentono) attribuisca delle proprie competenze ad uno o più dei suoi componenti. La delega di tali attribuzioni consente una gestione più efficace e sciolta dalle difficoltà che procedimenti decisionali collettivi e farraginosi potrebbero creare. In un contesto di questo tipo, in cui di fatto la maggioranza delle decisioni gestorie è rimessa all'amministratore delegato, il legislatore ha sentito l'esigenza di proceduralizzare il rapporto tra deleganti e delegati conservando la centralità del consiglio di amministrazione anche nei casi in cui vi sia delega di funzioni. Proprio a questo scopo tende la formulazione dell'articolo 2381 c.c. così come riprodotto dalla riforma del 2003. Ecco che, a questo fine, la funzione del consiglio di amministrazione si fa di monitoraggio attivo sulla gestione dei delegati, anche e soprattutto attraverso uno scambio continuo di informazioni istituzionalizzato dal comma 6 della norma. Si badi, i membri del CDA non perdono potere a seguito delle deleghe, non potendosi la funzione di monitoraggio limitare al mero oggetto della legittimità. L'articolo 2381 si sviluppa sulla base di tre linee direttrici che rispondono a tre domande fondamentali: 1) Chi può essere destinatario della delega? 2) Quali funzioni possono essere delegate? 3) Come va regolato il rapporto tra deleganti e delegati? Alla prima questione l'articolo risponde prevedendo che destinatari della delega possono essere solo i componenti del CDA, il che consente di evitare fenomeni di deresponsabilizzazione (sul problema della delega esterna nelle banche si veda TISCIONE G., *Esercizio del credito e delega "esterna" nella società bancaria*, [Tesi di dottorato], Roma, Università L.U.I.S.S. Guido Carli, 2008). Per quanto riguarda le funzioni delegabili, il comma 4 esclude la delegabilità di competenze di particolare delicatezza, rispetto alle quali va garantito il coinvolgimento dell'intero CDA. Riguardo il contenuto, i limiti e le modalità di esercizio della delega, questi vanno determinati dal consiglio di amministrazione. Quanto poi al terzo punto, i commi 3 e 6 indicano le modalità operative del consiglio al momento del rilascio della delega e poi durante la gestione, costruendo quel dovere di monitoraggio attivo di cui si è detto sopra. Evidentemente dinamiche organizzative di questo tipo generano delle ricadute anche sul piano della responsabilità degli amministratori, a seconda che questi siano o meno destinatari di una delega di gestione. Ciò che risulta particolarmente problematico è soprattutto la determinazione della responsabilità dei deleganti per *culpa in vigilando*. Si tratta di un tema che è stato oggetto di numerosi studi e contributi dottrinali e che pertanto non può essere in questa sede trattato in modo esaustivo. È certo però importante quantomeno un richiamo alla disciplina dell'articolo 2392 c.c. che ha posto le basi per il cd. meccanismo dei segnali di allarme, di cui si è detto ai §§3.3. e 3.3.1. del Capitolo I, Parte II di questa ricerca. Tra tutti, sulla delega nelle società per azioni si vedano CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*:

concepire questi comitati come degli organi di supporto al consiglio di amministrazione dotate di competenze specifiche di cui si servono per fornire un'assistenza consulenziale su materie di elevata complessità tecnica; altro è considerarli degli organi dotati di poteri autonomi di carattere sostanzialmente decisionale. Da questo secondo approccio deriverebbe una rischiosa deresponsabilizzazione dell'organo amministrativo, il che è proprio quanto si è voluto scongiurare fin dal momento dell'introduzione del Comitato Rischi nel nostro ordinamento. Infatti, giova rammentare che il recepimento dell'*audit committee* è stato preceduto da un vivace dibattito circa il ruolo da assegnare allo stesso⁷⁴. Al centro delle discussioni vi era la contrapposizione tra quanti sostenevano la necessità di attribuire una vera e propria delega al governo dei rischi e quanti al contrario paventavano gli effetti che da un meccanismo di tal fatta potessero derivare in termini di deresponsabilizzazione dell'organo collegiale. Proprio questa seconda posizione ha prevalso, per cui riservare ai membri di questo Comitato un trattamento analogo a quello dei delegati appare contrario anche alle radici storiche della normativa che si è analizzata.

6. Una valutazione comparatistica dell'istituto

Tutti i dubbi generati da una normativa non di rado confusa e incoerente inducono a chiedersi se forse non sia utile analizzare la funzione che il Comitato Rischi assume in altri ordinamenti, per comparare le diverse esigenze cui la sua costituzione risponde⁷⁵ ed il modo in cui i vari legislatori hanno gestito le stesse.

Degli ordinamenti di *common law* si è già detto. Infatti, si è visto che il modello statunitense ha superato il problema della sovrapposizione dei compiti tra i diversi organi di controllo attribuendo le funzioni di alta vigilanza (proprie per intenderci del collegio sindacale) al consiglio di amministrazione e rimettendo alla funzione di *internal audit* il

2, *Diritto delle società*, Torino, Utet, 2020, pp. 375 ss. e MOSCO G.D., *Le deleghe assembleari nelle società per azioni*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁷⁴ Cfr. CALANDRA BUONAURA V., *op.cit.*, *ibidem*.

⁷⁵ Per la comparazione che seguirà si è tenuto in considerazione lo scritto molto chiaro di CALVOSA L., MARIANI G., ANTONINO A., *Composizione e attività svolte dal comitato controllo e rischi. Analisi del contributo alla creazione di valore per le aziende*, in GRECO G., MARCHI L. (a cura di), *Nuove prospettive su governance, audit, risk e performance management*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 165 ss. Vd. anche BEVIVINO V., *Il prossimo cambio di paradigma del governo delle banche: annotazioni del diritto francese e idee statunitensi sul fit and proper degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, p. 273-311 che sottolinea come lo studio della *corporate governance* negli Stati Uniti sia nato in ragione della necessità di gestire i conflitti di agenzia e ne valuta l'evoluzione.

controllo concreto sulle operazioni e sulla *governance*, prevedendo che la funzione di revisione interna dialoghi con l'*audit committee*.

Riguardo il diritto inglese abbiamo già chiarito che il sistema monistico esclude la cittadinanza del collegio sindacale quando il *Corporate governance code (UK CGC* ossia il Codice di Autodisciplina inglese) dispone che l'*audit committee* verifichi i sistemi di controllo interno, ma soprattutto supervisioni le attività di rendicontazione contabile⁷⁶ e si occupi del rapporto con i revisori esterni. Interessante è che frequentemente le banche inglesi si dotano di un *risk committee*, che è un organo a cui sono rimesse le funzioni di individuazione e gestione dei rischi, in sua assenza rimesse all'*audit committee*.

La costituzione di un *risk committee* è stata per la prima volta fortemente caldeggiata a seguito della crisi del 2008-2009, quando il governo inglese pubblicò delle raccomandazioni finalizzate a migliorare i processi di *risk management*, che erano risultati carenti durante la grande crisi. L'obiettivo del governo era quello di scindere le funzioni dell'*audit* e del *risk management* consistenti rispettivamente in un controllo di carattere postumo (avente soprattutto ad oggetto la redazione dei bilanci e la struttura dei controlli interni) e in un controllo *ex ante* volto all'individuazione precoce e alla gestione dei rischi⁷⁷.

Ancora una volta un dato pare chiaro: all'*audit committee* sono attribuite funzioni analoghe a quelle proprie del collegio sindacale, con la precisazione che i recenti sviluppi in materia vedono i sindaci non più relegati alla mera funzione di controllo *ex post*, come si è ampiamente esposto nel capitolo precedente.

Ma veniamo all'Europa, in cui il Regolamento CRR e la Direttiva CRD/IV hanno portato ad un graduale avvicinamento degli ordinamenti in materia.

In Germania al consiglio di sorveglianza si consente di nominare al proprio interno un *audit committee* (il *Prüfungsausschuss*) che lo supporti soprattutto (e si direbbe ancora una volta) nella supervisione delle procedure contabili, oltre che nella valutazione dell'idoneità del sistema dei controlli interni⁷⁸. Il principale obiettivo di un organo di

⁷⁶ UK CGC Provisions 24 e 25 nel testo consolidato pubblicato il 22 gennaio 2024.

⁷⁷ *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final recommendations*, 26 November 2009, pp. 95 ss. reperibile al sito https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/+/www.hm-treasury.gov.uk/d/walker_review_261109.pdf.

⁷⁸ *German Corporate Governance Code, Principle 18* per le competenze dell'*audit committee* specialmente in tema di rapporti con i revisori esterni. *Principle 14* per la necessità di costituzione. *Principle 15* per le competenze dei membri del comitato.

questo tipo è quello di incrementare le informazioni contabili rese all'organo amministrativo e creare un nodo di connessione tra questo ed il revisore legale dei conti⁷⁹. La normativa tedesca richiede unicamente che almeno uno dei componenti di questo comitato sia indipendente e competente nella materia della revisione contabile. Evidentemente, dunque, il collegio sindacale presenta delle peculiarità che lo rendono molto più "garantista". I requisiti di indipendenza di tutti i sindaci previsti sia dalla legge che dall'autodisciplina, i poteri di controllo esercitabili anche a livello individuale, la revocabilità solo in presenza di giusta causa, costituiscono delle importanti forme di garanzia⁸⁰.

In Francia⁸¹, il *Code Monétaire et financier* attribuisce particolare rilievo al sistema dei controlli interni⁸² e al *Comité des risques* prevedendo requisiti di professionalità per i soggetti che lo compongono⁸³, data la rilevante funzione rimessa allo stesso di consulenza al consiglio di amministrazione, al consiglio di sorveglianza o comunque ad organi equivalenti.

Anche l'ordinamento francese non trascurava poi la centralità dei flussi informativi⁸⁴.

⁷⁹ «Tra i vantaggi connessi all'istituzione del *Prüfungsausschuss* viene annoverato quello della più stretta collaborazione tra *Aufsichtsrat* (consiglio di sorveglianza) e *Abschlussprüfer* (revisore legale), nella prospettiva, per un verso, di incrementare il livello di informazioni sulla contabilità a disposizione del plenum, e, per altro verso, di contribuire a rendere i revisori legali maggiormente indipendenti dal *Vorstand* (consiglio di gestione)». CALVOSA L., MARIANI G., ANTONINO A., *op.cit.* p. 166.

⁸⁰ Così ABRIANI N., *Verso una riforma della disciplina sui controlli interni*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2015, p. 20.

⁸¹ Per un'analisi approfondita della disciplina francese e della sua evoluzione cfr. BEVIVINO V., *Il prossimo cambio di paradigma del governo delle banche: annotazioni del diritto francese e idee statunitensi sul fit and proper degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, p. 273-31.

⁸² *Article L511-55*: « Les établissements de crédit et les sociétés de financement se dotent d'un dispositif de gouvernance solide comprenant notamment une organisation claire assurant un partage des responsabilités bien défini, transparent et cohérent, des procédures efficaces de détection, de gestion, de suivi et de déclaration des risques auxquels ils sont ou pourraient être exposés, d'un dispositif adéquat de contrôle interne, de procédures administratives et comptables saines, de politiques et pratiques de rémunération permettant et favorisant une gestion saine et efficace des risques et, le cas échéant, d'un plan préventif de rétablissement mentionné à l'article L. 613-35. Le personnel exerçant des fonctions de contrôle est indépendant des unités opérationnelles qu'il contrôle et dispose des moyens nécessaires à l'exercice de ses missions. Le dispositif de gouvernance mentionné au premier alinéa est adapté à la nature, à l'échelle et à la complexité des risques inhérents au modèle d'entreprise et aux activités de l'établissement de crédit ou de la société de financement ».

⁸³ *Article L511-92* : « Les membres du comité des risques disposent de connaissances, de compétences et d'une expertise qui leur permettent de comprendre et de suivre la stratégie et l'appétence en matière de risques de l'établissement de crédit ou de la société de financement ».

⁸⁴ *Article L511-96* : « Le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes et, le cas échéant, le comité des risques disposent de toute information sur la situation de l'établissement de crédit ou de la société de financement en matière de risques. 2. Ils peuvent, si cela est nécessaire, recourir aux services du responsable de la fonction de gestion des risques mentionné à l'article L. 511-64 ou à des experts extérieurs ».

La formulazione dell' *Article L511-93* rende evidente il processo di armonizzazione degli ordinamenti europei di cui si diceva:

«**Le comité des risques conseille le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes** sur la stratégie globale de l'établissement de crédit ou de la société de financement et l'appétence en matière de risques, tant actuels que futurs. Il **assiste** le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou tout autre organe exerçant des fonctions de surveillance équivalentes lorsque celui-ci contrôle la mise en œuvre de cette stratégie par les personnes mentionnées à l'article L. 511-13 et par le responsable de la fonction de gestion des risques. Dans le cas d'une succursale d'établissement de crédit mentionnée au I de l'article L. 511-10, le comité des risques ou le dispositif mentionné à l'article L. 511-89 communique, à l'organe de l'établissement de crédit dont dépend cette succursale qui exerce des fonctions de surveillance équivalentes à celles d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance, les informations nécessaires à la détermination de la stratégie de la succursale et de son appétence en matière de risques, tant actuels que futurs. Le comité des risques ou le dispositif mentionné à l'article L. 511-89 contrôle la mise en œuvre de cette stratégie par les personnes mentionnées au second alinéa de l'article L. 511-13 et par le responsable de la fonction de gestion des risques ».

I riferimenti al panorama europeo sono utili a chiarire come il tema dei controlli interni e del ruolo rivestito, in questo contesto, dal Comitato Rischi, siano delle questioni di rilevanza comunitaria. Dalle norme analizzate emerge un quadro evidentemente omogeneo dal punto di vista dell'attribuzione di un ruolo meramente consiliare al Comitato. Ciò che però costituisce una peculiarità italiana è la collocazione del Comitato Rischi nell'ambito di un sistema di amministrazione e controllo come quello tradizionale, in cui, come si vedrà più avanti mettendo a confronto le attribuzioni del Comitato Rischi con le funzioni del collegio sindacale, si noterà una sovrapposizione di funzioni assai problematica, generata da una certa confusione normativa che necessita di un intervento di razionalizzazione⁸⁵.

⁸⁵ PEGGI E., *La vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate e i rapporti con il comitato di controllo interno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2021, p. 895.

Sebbene la nostra disamina sia focalizzata sul sistema dei controlli interni nelle banche italiane di grandi dimensioni, si deve segnalare che il problema della sovrabbondanza normativa e organica in materia è generalizzato. Lo stesso sistema statunitense, che spesso assurge a modello per le riforme europee, non è esente dalle difficoltà generate dalla sedimentazione di interventi normativi che moltiplicano le funzioni di controllo e complicano un quadro già affastellato e difficile da districare. Paradigmatico in tal senso è il riferimento al *Dodd Franck Act*, emanato nel 2010 a seguito degli scandali di *Wall Street* e finalizzato a riformare il sistema dei controlli per garantire maggiore trasparenza e stabilità del sistema finanziario. Si tratta di un testo di legge estremamente ampio, che ha trovato a sua volta applicazione con una serie di regolamenti attuativi, i quali hanno dato vita ad un sistema labirintico. Pertanto, è condivisa l'opinione della necessità di interventi di razionalizzazione del sistema dei controlli interni societari⁸⁶.

⁸⁶ Così IRRERA M., *Aspetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2015, p. 526, *Premessa*.

CAPITOLO III

IL COMITATO RISCHI E LE ALTRE FUNZIONI DI CONTROLLO

Sommario: 1. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di supervisione strategica – 2. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di controllo – 2.1 Il collegio sindacale alla luce delle nuove funzioni del Comitato Rischi: pleonasma della tradizione? – 3. Il Comitato Rischi e le funzioni aziendali di controllo – 3.1 Il Comitato Rischi e la funzione di *risk management*: inutile duplicazione? – 4. Qualche proposta di riforma...

1. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di supervisione strategica

Gli interventi normativi, che negli ultimi cinquant'anni (volendo considerare la legge 216/1974 come *incipit* di questo percorso evolutivo) si sono continuamente avvicinati sui sistemi di controllo societario, hanno restituito un quadro dei controlli assolutamente rivoluzionato, in cui la stessa concezione del *controllo* è mutata¹. Come già visto nel capitolo dedicato alle fonti e al §4 del Capitolo I, Parte seconda, sul ruolo dell'organo di controllo, è fondamentale ribadire che il *controllo* non è più concepito e concepibile come un'operazione di vaglio su un certo atto solo successiva rispetto al compimento dello stesso e quindi cronologicamente collocata in una fase in cui di fatto l'unico intervento possibile è di tipo sanzionatorio. Al contrario, «la materia dei controlli societari riguarda il profilo dell'assetto organizzativo dell'impresa²» e assume pertanto rilievo fin dalla fase genetica delle decisioni che riguardano la predisposizione di questo assetto. Il controllo sulla gestione diventa dunque controllo nella gestione, controllo connaturato alla fase gestoria e che passa prima di tutto per l'organizzazione aziendale.

Paradigmatica in questo senso è stata l'emanazione del d.lgs. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti per i reati commessi dai loro esponenti aziendali. Si tratta di un intervento normativo di grande rilievo ai fini della comprensione del complesso panorama del sistema dei controlli interni, di cui in questa sede non si parlerà

¹ BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 1-30.

² BIANCHINI M., DI NOIA C., *op.cit.*, p.1.

se non con brevi cenni in ragione della grande analiticità che un esame esaustivo della materia richiederebbe³. Quello che va qui sottolineato è che il modello organizzativo cd. 231 è un chiaro esempio di come i controlli interni si facciano infrastruttura organizzativa e vengano a collocarsi nel pieno dell'attività gestoria dell'impresa, nella sua quotidiana operatività. Si mira, in quest'ottica, ad integrare delle prime forme di controllo già nelle procedure decisionali ed operative, al fine di prevenire illeciti e assunzione maldestra di rischi.

In un contesto di questo tipo il legislatore italiano è stato abile nel cogliere che la categoria generale dei principi di corretta amministrazione si è riempita di un nuovo, importante, contenuto: l'adeguatezza dell'assetto organizzativo⁴. L'articolo 2381 c.c., come riformato, rende evidente proprio questa assunzione di consapevolezza. Ne deriva che, se il consiglio di amministrazione ha la funzione di predisporre l'assetto organizzativo e di controllarne l'adeguatezza nelle ipotesi in cui siano attribuite deleghe, in questo nuovo sistema dei controlli interni, non si può che attribuire un ruolo di grande peso allo stesso consiglio di amministrazione, in quanto organo con funzione di supervisione strategica. La valorizzazione della funzione di controllo dell'organo amministrativo, probabilmente con la complicità dell'onda emotiva che ha travolto il contesto internazionale a seguito delle grandi crisi, ha portato con sé l'affermazione di una figura prima non molto messa in luce, ossia quella degli amministratori indipendenti. Tale figura ha assunto crescente rilievo perché mirante a fornire uno strumento di maggiore ponderazione delle decisioni nel contesto collegiale, nonché a costituire una fonte di garanzia rispetto al perpetrarsi di condotte tenute in conflitto di interessi.

A che *pro* questa premessa? Chiaramente perché l'organo con funzione di supervisione strategica⁵, nell'esercizio delle funzioni di controllo che gli sono proprie, si serve del supporto di un comitato endo-consiliare composto da amministratori non esecutivi, in

³ Si vedano in argomento, *ex multis*, COLOMBO A., *I modelli di organizzazione e l'organismo di vigilanza (d.lgs. n.231/2001) nel quadro del sistema dei controlli interni di banche ed altri intermediari finanziari*, in *Banca Impresa Società*, 3/2008, pp. 407-452. CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale: 2, Diritto delle società*, Torino, Utet, 2020, pp. 421e 422. GIACOMA G., CAPPARELLI O., PROCOPIO C., *D.lgs. 231/2001: ambito di applicazione e modelli di controllo interno: reati, linee guida, giurisprudenza*, Milano, IPSOA, 2010.

⁴ Sul punto si veda SERAFIN G., LAURO A., *La governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale*, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca'Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, §7, in particolare p. 176.

⁵ Per un'analisi più dettagliata del ruolo dell'organo con funzione di supervisione strategica si rimanda al Capitolo I, Parte seconda, § 3.1. di questo lavoro.

maggioranza indipendenti: il Comitato Rischi, la cui costituzione è obbligatoria per le banche di maggiori dimensioni sulla base di quanto disposto dalla Circolare 285 di Banca d'Italia.

Questo comitato, che, come si è visto e si ripeterà più avanti, è nato come organo di controllo in ordinamenti che erano privi di un organo equiparabile al nostro collegio sindacale, assume nell'ordinamento italiano un ruolo consulenziale e valutativo rispetto alle decisioni amministrative che hanno ad oggetto le medesime tematiche che sono sottoposte al vaglio dell'organo di controllo, generando delle problematiche sovrapposizioni. Le funzioni che sono rimesse al Comitato dalla Circolare 285, infatti, rientrano in molti casi tra quelle che la Direttiva 43/2006/CE attribuisce all'*audit committee* ("comitato per il controllo interno e la revisione contabile"), organo che il legislatore italiano ha fatto coincidere con quello di controllo.

Di tutto ciò si dirà però in maniera più approfondita nelle pagine successive, in cui, si avrà modo di confrontare le funzioni del Comitato con quelle degli organi di controllo dei diversi sistemi di *corporate governance* (con una particolare attenzione al collegio sindacale).

2. Il Comitato Rischi e l'organo con funzione di controllo

Come si è già sottolineato nei capitoli precedenti, la Circolare 285 si sforza di tenere distinti l'organo con funzione di controllo, quello con funzione di supervisione strategica e l'organo con funzione di gestione. Si tratta di un tentativo che talvolta ha come conseguenza delle problematiche interpretative e applicative. Ciò soprattutto a seguito della riforma del 2003, che ha ridimensionato la distinzione tra la funzione di amministrazione e quella di controllo rendendole due componenti di un sistema complesso, integrato e unico⁶. Ad assottigliare in maniera significativa il confine di separazione tra la funzione amministrativa e quella di controllo è intervenuto soprattutto il recepimento, nel nostro ordinamento, dei sistemi di *corporate governance* dualistico e monistico. Si sono poi aggiunte a questo intervento delle riforme al Codice di *Corporate*

⁶ Così ABRIANI N., *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Rivista delle società*, 1/2013, p. 15. Cfr. FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 129 ss.

Governance, culminate con quella del 2020, che hanno segnato un mutamento nel ruolo dei comitati interni al consiglio di amministrazione, ed in particolare del Comitato Rischi. Quest'ultimo ha assunto un significativo rilievo nel sistema dei controlli, mettendo ulteriormente in discussione la distinzione tra funzione di controllo e funzione amministrativa. In prima battuta, senza entrare ancora nel vivo della questione, si può riportare quella che secondo una parte della dottrina, e a parere della stessa Consob, è la differenza tra queste due funzioni. L'organo di controllo interno sarebbe chiamato a svolgere una funzione di **vigilanza** sulla legalità dell'attività amministrativa e sull'idoneità degli assetti organizzativi; all'organo amministrativo sarebbe invece rimessa la **valutazione** dell'efficienza e della convenienza degli assetti implementati, servendosi, se necessario o se prescritto dalla legge, di un comitato interno. Questo sistema di *governance* è stato rappresentato da qualcuno riferendosi alla struttura degli assi cartesiani in cui inscrivere la funzione gestoria della società, ponendo sulle ascisse la valutazione dell'organo amministrativo e sulle ordinate la vigilanza della funzione di controllo⁷. Un'immagine di questo tipo è utile a comprendere quel processo di assottigliamento delle differenze di cui si è detto pocanzi. Mentre la differenza, almeno teoricamente, appare più marcata nel sistema tradizionale, gli altri due sistemi di *governance* rendono evidente questa dinamica. Già nel sistema dualistico il valore delle ascisse (la valutazione dell'organo amministrativo) tende a ridursi fino ad azzerarsi nei casi in cui il consiglio di gestione sia composto solo da amministratori delegati. Viceversa, l'asse delle ordinate aumenta nel valore quando al consiglio di sorveglianza sono rimesse le funzioni di cui all'articolo 2409 *terdecies* lettera *f bis*. Ma ancor più significativo è quanto si verifica nell'ambito delle imprese che adottano il sistema monistico, in cui la funzione di vigilanza è attribuita ad amministratori che sono al contempo investiti della funzione di valutazione della gestione. Ma perché soltanto nel sistema tradizionale è possibile individuare una differenza netta tra amministrazione e controllo, mentre appare più difficoltoso negli altri modelli? Si tratta evidentemente di un retaggio culturale che i sistemi alternativi hanno portato con sé una volta recepiti nel

⁷ Così ABRIANI N., *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Rivista delle società*, 1/2013, pp. 13 ss. Ma anche CALVOSA L., MARIANI G., ANTONINO A., *Composizione e attività svolte dal comitato controllo e rischi. Analisi del contributo alla creazione di valore per le aziende*, in GRECO G., MARCHI L. (a cura di), *Nuove prospettive su governance, audit, risk e performance management*, Giappichelli, Torino, 2019, §8.6.

nostro ordinamento. Ed infatti, sia il modello di matrice renana che quello monistico hanno origine in contesti giuridici a cui è totalmente estranea la presenza di un organo equiparabile al collegio sindacale. Mancano negli ordinamenti di provenienza quelli che abbiamo più volte definito nel corso di questa trattazione come “controlli di professione”. Da qui le difficoltà esposte nei capitoli precedenti circa l’individuazione degli organi che potessero rivestire le funzioni specificamente individuate e distinte nella Circolare 285, la quale mantiene le proprie radici nell’*humus* nostrano ma segue con la chioma orientamenti sovranazionali (in particolare quelli dell’EBA) avvezzi a sistemi di *governance* differenti. Da una lettura attenta della Circolare questo stato delle cose appare evidente. Nella definizione delle caratteristiche dell’organo di controllo, infatti, il fantasma della tradizione fa sentire la sua flebile voce nella manifestazione di preoccupazione rispetto all’efficienza dell’organo di controllo, e all’idoneità dello stesso a perseguire gli obiettivi prefissati, quando esso non assume la forma del collegio sindacale⁸. La Banca d’Italia, infatti, richiede che in questi casi vengano adottate delle idonee cautele statutarie, regolamentari ed organizzative per prevenire i pregiudizi, in termini di efficacia dei controlli, che possono derivare dalla coincidenza nello stesso organo di funzioni amministrative e di controllo⁹. Si tratta però dell’ultimo anelito vitale dello spettro, in quanto tutta la Circolare appare in realtà costruita un po’ a misura del sistema monistico, e di questo dà piena evidenza la previsione dell’obbligatoria costituzione del Comitato Rischi. Per la verità anche gli orientamenti EBA, che si sono avvicinati negli ultimi anni e che hanno molto influenzato la Circolare, sono concepiti in questo senso, per cui non stupisce che il modello anglosassone sia stato in qualche modo innestato su quello tradizionale.

Ma una precisazione è d’obbligo: il “modello monistico italiano” presenta delle peculiarità che lo rendono atipico rispetto a quello “originale”, almeno nelle banche. Infatti, come si è già detto nei capitoli precedenti, la Banca d’Italia è dovuta intervenire su alcune carenze del sistema di *corporate governance* anglosassone per renderlo meno attaccabile rispetto a quanto avviene, invece, nel diritto comune. In questo senso, la Circolare ha introdotto delle modifiche significative incidendo su taluni aspetti che costituiscono, per la verità, l’essenza stessa del modello. Prima di tutto, la Banca d’Italia

⁸ Circolare 285 Parte prima, IV, 1, 13.

⁹ Si rimanda al Capitolo I, parte seconda, §4 del presente lavoro per una disamina più approfondita della questione.

ha previsto che debba essere l'assemblea ad esercitare il potere di nomina e di revoca dei membri del comitato per il controllo sulla gestione, sottraendolo così al consiglio di amministrazione. Questo tipo di intervento è stato mirato a dileguare i dubbi sull'autonomia dell'organo di controllo, che erano il principale argomento di contestazione da parte dei detrattori del sistema¹⁰.

In secondo luogo, si è proceduto con un'equiparazione dei poteri del comitato per il controllo sulla gestione a quelli del collegio sindacale, sopperendo così ad una carenza di non poco rilievo riscontrabile nella normativa codicistica. Vale la pena ripetersi a questo punto su una questione significativa: il Codice civile, riguardo alle competenze del comitato per il controllo sulla gestione, non fa riferimento né alla funzione di controllo sul rispetto della legge e dell'atto costitutivo, né a quella di controllo sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Il dettato codicistico richiama unicamente il controllo sull'adeguatezza della struttura organizzativa del sistema dei controlli interni e sull'idoneità dello stesso a rappresentare i fatti di gestione¹¹. Si tratta di un'anomalia di particolare evidenza, cui la Banca d'Italia non ha potuto fare a meno di porre rimedio equiparando le funzioni dell'organo di controllo del monistico a quelle del collegio sindacale. Ciò nonostante, non si è comunque potuta arginare la principale contraddizione sistematica che caratterizza il modello monistico, ossia la coincidenza tra controllori e controllati. Si tratta di un problema di conciliazione tra due ruoli, logicamente contrapposti ma sostanzialmente coincidenti, che va necessariamente risolto con un intervento legislativo, e forse la Legge Capitali costituirà l'occasione per farlo. Infatti, è chiaro che fin qui non si è potuto spingere l'intervento regolamentare della Banca d'Italia. Quest'ultima, invero, non ha potuto per esempio equiparare il comitato per il controllo sulla gestione al collegio sindacale quanto alle modalità di revoca dei membri dell'organo di controllo. Il che avrebbe di certo attenuato i problemi di cui discutiamo. Si ricorderà,

¹⁰ È doveroso segnalare in questa sede che la nomina assembleare del comitato per il controllo sulla gestione ha generato un certo dissenso in alcuni esponenti della dottrina, che vi hanno visto uno snaturamento del sistema. Così RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 126. C'è da dire che secondo alcuni la nomina dell'organo di controllo da parte del consiglio di amministrazione (che, torniamo a ripetere, permane nel diritto comune), non è poi un fatto tanto preoccupante perché nel momento in cui l'Assemblea nomina l'intero consiglio di amministrazione già conosce il nominativo di chi tra gli eletti potrà poi essere chiamato a comporre l'organo di controllo. In questo senso IRRERA M., *Aspetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2015, p. 533. L'autore, tuttavia, ritiene la nomina assembleare, comunque, un intervento positivo nell'ottica di un potenziamento del comitato finalizzato a rendere il sistema monistico una valida alternativa a quello tradizionale.

¹¹ Vd. §3, capitolo I, Parte II di questo lavoro.

infatti, che i sindaci possono essere revocati dal loro incarico solo per giusta causa, e ciò costituisce una significativa garanzia di stabilità. Non può dirsi lo stesso riguardo ai membri del comitato per il controllo sulla gestione, i quali, essendo amministratori, sono legati alla proprietà da un rapporto fiduciario che esclude che si possa estendere ad essi la necessità di giusta causa ai fini della revoca. Ancora, per il fatto che il legislatore non abbia rilevato la problematicità del fatto che i membri del comitato per il controllo sulla gestione partecipano alle riunioni del consiglio di amministrazione. Evidentemente, i poteri regolamentari della Banca d'Italia non potevano spingersi fino a prevedere un obbligo di astensione dal voto in queste riunioni per gli amministratori che fanno parte dell'organo di controllo. Certo, un intervento di questo tipo potrebbe smussare lo scetticismo, per la verità ampiamente giustificato, rinvenibile verso il modello monistico nel nostro Paese. Ma vi è di più. Il recepimento del sistema monistico nell'ordinamento italiano, come si è più volte avuto modo di rilevare, non è stato accompagnato da un intervento legislativo di adattamento sistematico. Anzi, i vuoti normativi sono stati colmati, il più delle volte, con inadeguati richiami alla disciplina del sistema tradizionale. Ciò ha creato numerosi problemi interpretativi e perplessità che non sono ammissibili in un contesto economico e finanziario che ambisce alla competitività, propria e delle proprie imprese, sullo scacchiere internazionale. Tra le numerose carenze riscontrabili è opportuno in questa sede, per esigenze di spazio e di ricerca, mettere in rilievo solo quelle riguardanti le sovrapposizioni funzionali nell'ambito dei controlli. Ed infatti, la circostanza che il Comitato Rischi trovi il proprio *humus* genetico nel sistema monistico, non ci libera dalle contorte interferenze generate dall'assenza di un intervento sistematico del legislatore.

La questione è chiara, pur nella sua complessità. L'*audit committee* nel modello anglosassone "originale" è l'equivalente del comitato per il controllo sulla gestione nel "sistema monistico italiano". Posto ciò, che senso ha prevedere nel modello monistico italiano anche l'obbligatorietà di un Comitato Rischi? In altri termini, se il Comitato Rischi svolge nel nostro ordinamento la funzione dell'*audit committee* anglosassone, ne è necessaria eventualmente l'istituzione solo nelle imprese che adottano un modello diverso dal monistico. Essendo invece il sistema monistico già dotato di quest'organo che è identificabile nel comitato per il controllo sulla gestione.

Eppure, in Italia le cose non stanno così. Intesa Sanpaolo, organizzata secondo il modello monistico, ha sia un comitato per il controllo sulla gestione, che un Comitato Rischi. E allora ecco che anche il modello di *governance* per definizione più snello si ritrova, nel nostro ordinamento, a costituire un *pastiche* non meno intricato di quello che troviamo nel sistema tradizionale. Il nostro legislatore, evidentemente carente dello zelo di Arianna, ci restituisce un gomito aggrovigliato che rende difficile, al migliore interprete, l'orientamento nel minossico labirinto dei controlli interni. Ma allora, se per lo studioso dei controlli l'impresa di Teseo rimane pura utopia, è davvero possibile discorrere di un sistema? Sembra piuttosto a chi scrive che si debba parlare di una *Weltanschauung* dei controlli; di una visione (in senso pirandelliano) del mondo dei controlli priva di un vero e proprio sistema organizzato. Pertanto, come si è già anticipato nelle pagine introduttive di questo lavoro, l'utilizzo della parola sistema risponde ad esigenze di semplicità e sinteticità che convivono, però, con una convinta consapevolezza della carenza di un'organizzazione sistematica nel senso proprio e "filosofico" del termine.

Alla luce di quanto si è visto sopra, un dato pare incontrovertibile: il sistema monistico non è affatto la soluzione alle difficoltà generate dalle sovrapposizioni funzionali riscontrabili nel modello tradizionale. Ed infatti, le stesse sovrapposizioni, forse ancor più evidenti e problematiche, si rinvencono anche nel modello anglosassone, il quale sconta inoltre le conseguenze dell'essere stato trapiantato incautamente in un contesto culturale ed economico piuttosto diverso da quello d'origine.

2.1. Il collegio sindacale alla luce delle nuove funzioni del Comitato Rischi: pleonasma della tradizione?

Nei capitoli precedenti si sono delineate le funzioni che il collegio sindacale ed il Comitato Rischi rivestono nella struttura organizzativa delle grandi banche. Si sono poste dunque le basi per la comprensione di un tema di particolare delicatezza, tra l'altro già in parte accennato, che è quello della sovrapposizione delle funzioni rimesse a questi due organi. Vale la pena ribadire in questa sede che il Comitato Rischi è stato introdotto nel nostro ordinamento recependo una modalità organizzativa tipica degli ordinamenti di *common law*, in particolare sviluppata negli Stati Uniti e accolta in Europa prima di tutto, ovviamente, dall'ordinamento britannico. Questa premessa è importante perché in quegli ordinamenti non esiste un organo che si occupi in maniera specifica dell'attività di

controllo e che possa essere equiparato al nostro collegio sindacale. Una situazione di questo tipo è comprensibile se si valuta una differenza culturale di fondo che origina però da un'esigenza comune, che è quella di garantire lo svolgimento di controlli che arginino lo strapotere dei *manager*, evitando comportamenti opportunistici che possano danneggiare l'impresa, i soci e, nel caso degli enti bancari, il sistema finanziario nel suo complesso. Questa esigenza è comune ai diversi ordinamenti, tant'è che i pionieri dei dibattiti sul tema sono stati studiosi americani ed anglosassoni, forse in ragione delle caratteristiche delle imprese operanti nelle loro realtà, in cui in tempi non sospetti si è avvertita l'esigenza di gestire le problematiche derivanti da una separazione netta tra proprietà e controllo. Ed in effetti, nel consiglio di amministrazione la dottrina statunitense ha visto proprio il principale alleato dei soci, lo strumento attraverso cui controllare i potenziali conflitti di interesse tra chi investe e chi gestisce l'impresa e i risultati dell'investimento¹².

L'esigenza d'origine è dunque la stessa cui si cerca rimedio anche nel nostro ordinamento; ciò che cambia è il modo di concepire gli strumenti per far fronte a questa necessità. Se nell'ordinamento statunitense e britannico il consiglio di amministrazione è visto come l'organo che può fare da contraltare al potere degli esecutivi, garantendo quella terzietà che è necessaria a tutelare gli interessi dei soci *in primis*, nel nostro ordinamento è diffusa una concezione dell'organo amministrativo diametralmente opposta. È proprio l'ontologia degli amministratori a generare sospetto circa la loro imparzialità e a far sorgere l'esigenza di affidare i controlli ad un organo totalmente terzo ed imparziale, che con l'amministrazione non abbia nulla a che vedere. Da qui la funzione del collegio sindacale.

Alla luce di quanto si è visto, non si può negare che il modello monistico, per quanto generi perplessità, esclude che possano esservi delle sovrapposizioni tra funzioni di controllo, che invece si realizzano in caso di attuazione del sistema di *corporate governance* tradizionale così come modificato recependo istanze sovranazionali.

¹² In argomento si veda PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, p. 308. Per un'analisi del tema da parte di dottrina straniera si rimanda a ADAMS M.B., *Agency Theory and Internal Audit*, in *Managerial Auditing Journal*, 1994, vol.9, n8, pp.8-12; BAUM H., *The rise of independent director: a historical and comparative perspective*, in *Research Paper Series Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, no. 16/20, 2016, pp. 1-34.

Si tratta, a parere di chi scrive, di una conseguenza dell'aver trapiantato, nella forma tradizionale italiana di amministrazione e controllo, delle peculiarità di un sistema concepito in un contesto economico e culturale molto diverso, senza operare accorgimenti normativi volti a perseguire degli obiettivi di adattamento e di coerenza sistematica.

Un innesto di questo tipo ha generato una situazione di confuso ibridismo che costituisce un'anomalia cui si deve far fronte, a parere di chi scrive, con un intervento normativo volto a fare ordine nella complessità del sistema dei controlli interni così come concepito nel nostro ordinamento. Ed infatti, mentre ciascun sistema di controllo, se singolarmente valutato, presenta una certa logicità ed efficienza, questo modello ibrido, rischia di creare dei problemi, di coordinamento e di sovrapposizione di funzioni tra gli organi, idonei ad attentare all'efficacia dei controlli.

Ma veniamo ad un'analisi concreta di queste sovrapposizioni, per toccare con mano le problematiche di cui fino ad ora si è parlato. Di seguito è riportata una tabella¹³ riepilogativa delle funzioni attribuite dalla legge e dall'autodisciplina al collegio sindacale e al Comitato Rischi.

Come si noterà, le sovrapposizioni tra funzioni si realizzano in special modo con riferimento alle competenze inerenti al sistema dei controlli interni. In particolare, emerge l'attribuzione della funzione di valutazione dell'efficienza e dell'adeguatezza del sistema di controllo interno in capo sia al collegio che al Comitato.

OGGETTO DELL'ATTIVITÀ DI CONTROLLO	COLLEGIO SINDACALE	COMITATO CONTROLLO E RISCHI
Rispetto della legge e dell'atto costitutivo	✓	✗
Rispetto dei principi di corretta amministrazione	✓	✗
Obbligo di riferire alla Consob	✓	✗

¹³ Uno schema analogo e maggiormente dettagliato è proposto da BUSSO M., MACRÌ L., *Il Collegio Sindacale e il Comitato Controllo e Rischi nelle società quotate: il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche alla luce del nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista Corporate Governance*, 3/2021, §5.

Obbligo di riferire al Tribunale	✓	✗
Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa e del sistema dei controlli interni	✓ a	✓ b
Informativa Relazione Finanziaria	✓ c	✓ d
Informativa Relazione non Finanziaria	✓ c	✓ d
Efficacia del sistema di controllo interno	✓ a	✓ b
Propensione al rischio	✗	✓ ¹⁴
Processo di <i>risk management</i>	✓	✓ g
Rispetto delle regole di autodisciplina	✓	✓
Nomina e revoca del responsabile <i>Internal Audit</i>	✓ e	✓ f
Nomina e revoca del revisore	✓	✗
Controllo sull'indipendenza del revisore	✓	✗

¹⁴ Per un'analisi di questa funzione apparentemente rimessa solo al Comitato Rischi si rimanda al paragrafo di questo lavoro dedicato al rapporto tra Comitato Rischi e la funzione di *risk management* (§3.1).

Controllo della correttezza della revisione contabile	✓	✗
--	---	---

- a) Le norme di riferimento sono l'articolo 2403 c.c., l'articolo 149 TUF, l'articolo 6 del Codice di *Corporate Governance*, l'articolo 19 del d.lgs. 39/2010 e la Circolare 285. Andando con ordine: l'articolo 2403 c.c., rubricato *Doveri del collegio sindacale*, prevede che il collegio vigili sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, più in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, nonché sul suo **concreto funzionamento**. Non si ripeterà in questa sede la ragione per cui è pacifico che il sistema dei controlli interni sia espressivo dell'assetto organizzativo dell'impresa, pare pertanto importante rilevare immediatamente un dato di prima sovrapposizione rispetto alle funzioni del Comitato Rischi. Ed infatti, se il controllo del collegio sindacale si estende anche al concreto funzionamento del sistema implementato, evidentemente non è condivisibile la posizione di quanti sostengono che la vigilanza dei sindaci è limitata alla conformità del sistema alla legge e all'atto costitutivo. Riecheggia la previsione della Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 16, §4, che rimette all'organo con funzione di controllo la vigilanza sulla completezza, adeguatezza, funzionalità ed affidabilità del sistema dei controlli interni e del RAF. Cosa si intende per funzionalità? Dalla ricerca della voce su diversi dizionari, tra cui Treccani e Garzanti, emerge che per funzionalità debba intendersi la rispondenza di una cosa alla funzione cui è destinata, la capacità di soddisfare una specifica esigenza. Ebbene, perché qualcosa possa definirsi funzionale è necessario valutare che concretamente soddisfi l'esigenza cui deve rispondere e non è sufficiente valutarne la sola idoneità in astratto. Se dunque i sindaci devono vagliare la funzionalità del sistema dei controlli, questi sono chiamati ad eseguire delle valutazioni sui risultati realizzati in concreto da tale sistema e non solo la rispondenza teorica dello stesso a principi legislativi e statutari. Del resto, nella stessa direzione vanno l'articolo 149 TUF alla lettera c quando prevede che il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza del sistema di

controllo interno e l'articolo 19 del d.lgs. 39/2010 che attribuisce al collegio sindacale l'esame dell'**efficacia** dei sistemi di controllo interno.

- b) Mentre il legislatore si concentra maggiormente sull'attribuzione di un ruolo di centralità al collegio sindacale, l'autodisciplina attribuisce particolare rilievo al Comitato Rischi, prevedendo all'articolo 6, Raccomandazione 33, lettera *a* del Codice di *Corporate Governance* che questo supporta l'organo di amministrazione nelle valutazioni e decisioni attinenti al sistema di controllo interno. Esso contribuisce a definire le linee di indirizzo del sistema dei controlli e di gestione dei rischi e a valutare l'adeguatezza e l'efficacia del sistema stesso. La sovrapposizione qui è quanto mai evidente.
- c) Il collegio sindacale valuta l'adeguatezza e la funzionalità dell'assetto contabile sulla base di quanto previsto dalla Circolare 285 nella Parte prima, Titolo IV, capitolo 1, sezione III, §3, ma anche del disposto dell'articolo 2403 c.c., che, come si è detto, attribuisce ai sindaci la funzione di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile nonché sul loro concreto funzionamento. Ancora, l'articolo 149 TUF prevede alla lettera *c* che il collegio sindacale vigili sull'adeguatezza del sistema amministrativo e contabile e sull'affidabilità dello stesso nel rappresentare i fatti di gestione. Si ricorda inoltre che il collegio sindacale riveste la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione contabile¹⁵ di cui all'articolo 19 del d.lgs. 39/2010, che si è deciso di affidare all'organo di controllo per evitare ulteriori moltiplicazioni di organi¹⁶. Il

¹⁵ Si veda a riguardo la Definizione di organo di controllo fornita dal Codice di *Corporate Governance* in cui si fa riferimento alla Direttiva 2006/43/CE riguardo all'introduzione del comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Il fatto che l'organo di controllo possa assumere la funzione di comitato per il controllo interno e la revisione contabile si evince anche dal disposto della Circolare 285 alla nota 15 nella Parte prima, titolo IV, Capitolo 1, Sezione IV, §2.3.1. quando si dice che il comitato per il controllo interno, nei casi in cui il consiglio di sorveglianza abbia funzione di supervisione strategica, può assolvere alle funzioni di comitato per il controllo interno e la revisione contabile. Cfr. ABRIANI N., *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Rivista delle società*, 1/2013, §4. Ma anche BUSSO M., MACRÌ L., *Il Collegio Sindacale e il Comitato Controllo e Rischi nelle società quotate: il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche alla luce del nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista Corporate Governance*, 3/2021, p. 357.

¹⁶ A proposito del comitato per il controllo interno e la revisione contabile è interessante una precisazione. La funzione è stata istituita nel 2010 dal legislatore in recepimento della Direttiva 2006/34/CE in materia di revisione contabile. A seguito di questa introduzione il Codice di Autodisciplina, con la modifica del 2011, ha attribuito all'attuale "Comitato controllo e rischi" questa stessa denominazione per tenerlo distinto dal "comitato per il controllo interno e la revisione contabile", avendo il primo le funzioni istruttorie che ci sono ormai note. Nella formulazione originaria, risalente cioè al Codice di *Corporate Governance* nella sua versione del 2006, l'attuale Comitato Rischi aveva la denominazione di comitato per il controllo interno e ad esso era attribuita la funzione di assistenza dell'organo amministrativo. Cfr. PEDERSOLI E., *Il collegio*

Collegio sindacale, inoltre, vigila sul rispetto delle disposizioni riguardanti l'informativa non societaria e dà atto dei risultati delle proprie analisi nella relazione annuale all'assemblea.

- d) L'articolo 6 del Codice di *Corporate Governance* alla Raccomandazione 35 lettera *b* prevede che il Comitato Rischi «valuta l'idoneità dell'informazione periodica, finanziaria e non finanziaria, a rappresentare correttamente il modello di *business*, le strategie della società, l'impatto della sua attività e le *performance* conseguite [...]».
- e) La Circolare 285/2013 della Banca d'Italia prevede al Titolo IV, capitolo 3 che l'organo con funzione di supervisione strategica ha il potere di nomina e di revoca delle funzioni aziendali, dopo aver sentito il parere dell'organo di controllo. Come si è già anticipato nel capitolo I della seconda parte di questo lavoro, a cui si rimanda, la Circolare affida la nomina all'organo con funzione di supervisione strategica (previa individuazione e proposta¹⁷ dei nominativi da parte del Comitato Rischi) per sottrarla a quello con funzione di gestione, che è il soggetto direttamente sottoposto alle attività di controllo. Non pare però a chi scrive che una misura di questo tipo possa garantire un'indipendenza effettiva della funzione. Indipendenza che potrebbe essere maggiormente garantita qualora si rimettesse la competenza a nominare i responsabili della funzione all'organo di controllo. Una soluzione di questo tipo consentirebbe anche di superare i problemi di sovrapposizione delle funzioni che si verificano in queste circostanze, eliminando le duplicazioni e gli sprechi di risorse.

sindacale nelle banche, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, nota 44, p. 31. Il cambiamento della denominazione, oltre a rispondere alle esigenze distintive di cui si è detto sopra, ha permesso di porre in rilievo una nuova concezione dei rischi dell'impresa necessariamente connessi al sistema dei controlli. Così STELLA RICHTER M. jr, *Il comitato controllo e rischi, già comitato per il controllo interno*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2012, pp. 59-72 secondo cui «nella versione del codice di autodisciplina, il rischio rappresenta il filo conduttore del sistema dei controlli».

¹⁷ È proprio la Circolare 285 ad utilizzare il termine *proposta*. Tuttavia, è necessario un chiarimento interpretativo. Generalmente, infatti, un parere può essere anche non vincolante, mentre una proposta in senso stretto no. Essa, dunque, implicherebbe l'impossibilità per il CDA di nominare soggetti diversi da quelli individuati dal Comitato Rischi. Una lettura di questo tipo cozza però con il carattere meramente consultivo delle funzioni di cui è investito il Comitato. Si potrebbe dunque giungere alla conclusione che la proposta sia vincolante di per sé stessa, ma non quanto ai suoi contenuti. In altre parole, non sarebbe possibile per il CDA decidere senza una previa proposta del Comitato Rischi, ma non ci sarebbe alcun vincolo circa l'effettiva nomina dei soggetti individuati nella proposta stessa.

- f) Il Comitato Rischi, ai sensi dell'articolo 6, Raccomandazione 33, lettera *b* del Codice di *Corporate Governance* assiste l'organo di amministrazione nella nomina e revoca del responsabile della funzione di *internal audit*, ne definisce la remunerazione e accerta l'adeguatezza delle risorse che sono a disposizione dello stesso per l'espletamento della sua funzione. Qualora si abbia esternalizzazione della funzione aziendale, cosa che nelle banche di grandi dimensioni non avviene mai, il Comitato Rischi si occupa di sostenere l'organo amministrativo nella valutazione dell'adeguatezza del soggetto presso cui la funzione è esternalizzata. La disposizione va integrata con quanto previsto dalla Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 22 al §2.3.3 in base a cui il Comitato Rischi individua e propone, assistito dal comitato nomine, i responsabili delle funzioni aziendali di controllo. Anche la Circolare fa poi riferimento al contributo apportato rispetto alla definizione delle politiche di esternalizzazione delle funzioni.
- g) Il Comitato Rischi è l'unico tra i comitati endo-consiliari rispetto ai cui componenti la Circolare 285 determina in maniera esplicita i poteri di informazione attiva e passiva¹⁸. A tale comitato spetta una funzione di supporto all'organo amministrativo nella fase di determinazione del RAF e delle politiche di gestione dei rischi. I membri del comitato, al fine dell'esercizio di questa funzione, sono destinatari di una serie di utili attribuzioni¹⁹, tra cui i) la possibilità di servirsi di esperti per eseguire accertamenti e valutazioni²⁰, ii) lo scambio di informazioni con l'organo di controllo, iii) la possibilità di dialogo diretto con le funzioni aziendali di controllo, iv) l'accesso alle informazioni aziendali rilevanti.

La tabella che si è analizzata rende evidente come praticamente la totalità delle aree di competenza del Comitato Rischi è già coperta dal collegio sindacale, per cui è chiaro che la distinzione tra i due organi non può risiedere nelle rispettive materie di intervento. In fin dei conti, anche gli autori del Codice di Autodisciplina hanno manifestato la propria

¹⁸ Così DE POLI M., *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2022, pp. 450.

¹⁹ Circolare 285/2013, parte prima, tit. IV, cap. 1, sez. IV, § 2.3.3.

²⁰ Si rammenti che ai sensi dell'articolo 2403 *bis* c.c. i sindaci si servono a proprie spese di dipendenti ed ausiliari per le operazioni di ispezione e controllo che competono loro. Non così nel caso in cui sia il Comitato Rischi a servirsi di esperti per eseguire accertamenti. In quest'ultima circostanza le spese sono infatti a carico della società.

consapevolezza circa questo stato delle cose, richiedendo che siano le singole imprese a decidere come coordinare le attività dei due organi, senza dare però ulteriori linee direttive. La stessa Circolare 285 prevede che almeno un componente dell'organo di controllo partecipi alle riunioni del Comitato²¹, al fine di consentire un adeguato flusso informativo che possa facilitare il coordinamento tra i due organi.

Il coordinamento presuppone però pur sempre che i due organi svolgano delle attività diverse, per quanto complementari; pertanto, come si è anticipato, l'autodisciplina, una parte della dottrina, ma anche la Consob, conscie della sovrapposizione, hanno sostenuto che l'operatività dei due organi avviene su piani diversi. Al collegio sindacale sarebbe rimessa la **vigilanza sulla conformità alla legge e all'atto costitutivo** del sistema implementato, mentre al Comitato spetterebbe la **valutazione della convenienza e dell'utilità** del sistema di controllo²².

Un altro criterio distintivo, riconducibile però alla medesima dicotomia, vuole che al Comitato Rischi sia attribuita una funzione di controllo finalizzata a massimizzare l'efficienza del sistema dei controlli, mentre al collegio sindacale sarebbe rimessa una funzione di «tutela degli *asset* dell'impresa²³».

Si tratta in entrambi i casi di differenze teoricamente molto chiare ma nei fatti difficilmente applicabili, dato che in ambito bancario è da una parte espressamente previsto che i sindaci si occupino di vagliare anche l'efficacia e la funzionalità del sistema

²¹ Parte prima, Titolo IV, Capitolo I, Sezione IV, §2.3.3.

²² Cfr. BUSO M., MACRÌ L., *op.cit.*, p. 361 ma anche PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013, p. 31 ss. Sulla stessa linea anche PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, §6, che si concentra sui destinatari della tutela derivante dall'attività di controllo dei due organi. Gli autori sono tutti concordi nel ritenere che la distinzione teorica tra i piani operativi è difficilmente attuabile a livello pratico. Parmeggiani, in particolare, dopo aver esposto la posizione di quanti sostengono che il controllo del Comitato è finalizzato a massimizzare l'efficienza del sistema dei controlli mentre quello del collegio sindacale concentrato sulla tutela degli *stakeholders*, si chiede a chi rimettere la competenza del controllo in casi che non sono precisamente collocabili in una delle due categorie di cui si è detto. Se un certo ramo aziendale non rispetta la normativa di settore, continua l'autore, i danni che ne derivano si traducono certamente in fattori di inefficienza che interessano al Comitato Rischi, ma anche in danni per gli *stakeholders*. A chi affidare dunque la vigilanza? Sempre in tema di sovrapposizione tra le funzioni vd. PEGGI E., *La vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate e i rapporti con il comitato di controllo interno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2021, in particolare al §7 l'autore non condivide la posizione della Consob relativa alla valutazione sulla convenienza degli atti di gestione come competenza del Comitato distintiva rispetto al ruolo del collegio. La contestazione si fonda sulla presa d'atto di un mutamento nel ruolo del collegio sindacale nelle società quotate a seguito dell'emanazione della legge sul risparmio che ha attribuito ai sindaci delle funzioni di vigilanza sul «concreto andamento della gestione».

²³ PARMEGGIANI F., *op.cit.*, p. 327.

di controllo²⁴, e dall'altra non sempre è chiaro chi sia l'unico portatore dell'interesse da tutelare, ammesso che possa essere uno solo.

Un ulteriore tipo di differenziazione, che sembra possa superare le problematiche esplicate sopra, attiene al momento in cui intervengono i due organi. Il Comitato Rischi, in questo senso, sarebbe coinvolto nell'attività istruttoria svolta in preparazione delle decisioni del consiglio di amministrazione e quindi nella fase che precede il momento della delibera collegiale. Viceversa, il collegio sindacale sarebbe chiamato ad un'attività di controllo successiva alla decisione degli amministratori. Anche quest'argomentazione però non pare condivisibile, alla luce di quegli interventi di riforma che si potrebbe dire hanno segnato le nuove frontiere del collegio sindacale nelle banche²⁵. L'autorità di vigilanza infatti, nella Circolare 285, delinea una figura di collegio sindacale peculiare rispetto a quella prevista dal diritto comune e che si avvicina di più alle prerogative degli organi di controllo dei sistemi alternativi di *corporate governance*. Il diritto bancario vuole un collegio sindacale più vicino alla gestione e molto diverso dall'organo relegato al controllo postumo di legittimità cui la tradizione comune ci ha abituati. I sindaci sono qui chiamati a rendere il proprio parere sugli elementi essenziali del sistema dei controlli interni, tra cui le risorse da destinare, la gestione dei flussi informativi, i poteri e la responsabilità ad essi connessa. Essi sono altresì sentiti in occasione della nomina e della revoca dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo. Il collegio sindacale è quindi coinvolto nelle fondamentali procedure di predisposizione del sistema di controlli interni, prima ancora che nella vigilanza sul funzionamento dello stesso. La Circolare lo investe della funzione di valutazione della completezza, adeguatezza, funzionalità ed affidabilità del sistema dei controlli, compiti che vanno ben oltre la vigilanza sulla conformità alla

²⁴ Circolare 285, Parte prima, IV. 1.12, §3.1 Principi generali.

²⁵ C'è da dire che, in generale, il ruolo del collegio sindacale è molto mutato anche nelle società quotate di diritto comune, fino a mettere in discussione la già traballante differenza tra il controllo di merito e quello di legittimità sostanziale. In MOSCO G.D., *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2006, §3 l'autore già dopo la legge del risparmio individuava dei «rischi di confusione sistemica» nella sovrapposizione tra le funzioni del collegio sindacale e quelle degli amministratori non esecutivi auspicando un ripensamento organico del sistema organizzativo in un'ottica di semplificazione e riduzione dei costi. A rendere manifesta questa esigenza sono i significativi poteri riconosciuti al collegio sindacale che lo emancipano dal ruolo tradizionalmente attribuitogli. In particolare, si fa riferimento all'attribuzione, anche individuale, di poteri di convocazione degli organi gestionali e di chiedere che dipendenti della società collaborino o rendano informazioni necessarie ai sindaci, nonché la possibilità di introdurre l'azione sociale di responsabilità. Si tratta di interventi che rendono ancor meno chiara la distinzione tra i compiti dei sindaci e quelli dei non esecutivi e che mettono in evidenza la necessità di un intervento di razionalizzazione.

legge e all'atto costitutivo, e che soprattutto vedono uno spostamento delle competenze del collegio sindacale *ex ante*²⁶.

Il maggiore coinvolgimento del collegio sindacale nelle dinamiche gestorie ne fa un organo consulenziale rispetto alle decisioni del consiglio di amministrazione. Del resto, la principale carenza del funzionamento del collegio sindacale nel diritto comune, a cui la normativa di settore ha inteso sopperire, è proprio l'inefficienza dell'intervento sanzionatorio *ex post*²⁷. È quindi più che logico interpretare le riforme volute dall'autorità di vigilanza come dirette ad integrare i sindaci nelle operazioni gestorie, collocando il loro intervento in una fase antecedente rispetto alla decisione degli amministratori. Questo da una parte consente loro di servirsi delle competenze di soggetti qualificati per costruire una base informativa più solida su cui fondare la propria delibera, e dall'altra evita conflitti successivi che possono generare inefficienze e gravi ricadute reputazionali. Vi è di più. L'avvicinamento del collegio sindacale nelle banche agli altri organi di controllo tipici dei sistemi alternativi di *corporate governance* risponde all'esigenza di adattare la struttura organizzativa ad una mutata concezione del controllo, più in linea con le nuove sensibilità del diritto societario.

Per *controllo*, infatti, non si intende più soltanto la verifica su un atto successiva al compimento dello stesso, ma piuttosto un processo connaturato nella fase gestoria, che non interviene in situazioni patologiche, ma previene l'irregolarità orientando la gestione nella direzione opportuna. Evidentemente il sistema monistico, in particolare, si adatta maggiormente alla rinnovata concezione del controllo, nella misura in cui attribuisce questa funzione agli amministratori, realizzando un'identità sia oggettiva che soggettiva tra gestione e controllo²⁸.

Ciò detto, pare chiaro che le distinzioni tra Comitato Rischi e collegio sindacale, che si sono via via affermate, presentano tutte delle carenze importanti, che inducono a dubitare dell'opportunità di una norma che preveda l'obbligatorietà del Comitato Rischi per le grandi banche organizzate nella forma tradizionale di amministrazione e controllo.

²⁶ Si rimanda al Capitolo I, parte seconda, § 4.1 del presente lavoro per una analisi più approfondita del ruolo del collegio sindacale nelle banche.

²⁷ D'AMATO A., GIANNIZZARI R., *L'inefficacia del controllo del collegio sindacale. Una evidenza empirica dal settore bancario italiano*, in *Banca impresa società*, 2/2014, pp.225-262. Sul mutamento del ruolo del collegio sindacale si veda anche PEGGI E., *La vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate e i rapporti con il comitato di controllo interno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2021, §7.

²⁸ Cfr. IRRERA M., *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2015, p. 528.

È comprensibile che l'obiettivo dell'autorità di vigilanza fosse quello di rafforzare i controlli prevedendo che, nelle realtà di maggiori dimensioni e complessità, si aggiungesse un organo di supporto al consiglio di amministrazione. Però, non necessariamente una moltiplicazione degli organi di controllo ha come risultato un miglioramento del sistema dei controlli nel suo complesso²⁹. Anzi. L'affastellarsi di norme e soggetti deputati al controllo, la proliferazione di una normativa secondaria non di rado confusa e il recepimento di istanze sovranazionali spesso eseguito senza prestare la dovuta attenzione ad esigenze di sistema, hanno portato ad una compressione eccessiva dell'autonomia organizzativa e ad una complessità procedimentale che genera costi considerevoli ed inefficienze gestorie³⁰, in un meccanismo in cui troppi controlli danno luogo al rischio di assenza di controllo effettivo. Inoltre, va segnalato che la grande crisi del primo decennio di questo secolo si è verificata in un contesto già ampiamente disciplinato dal punto di vista dei controlli, almeno in Europa, soprattutto per le grandi banche. Va da sé che forse è il caso di chiedersi quanto efficace sia un sistema di controlli così complesso e fondato sulla presenza di organi talvolta pleonastici e con funzioni ridondanti³¹. Per di più, il rischio che deriva da una situazione di questo tipo è quello di un'interpretazione erronea del sistema dei controlli, concepito non come un punto di forza per l'impresa, e quindi come un mezzo di creazione di valore, ma come un complesso di fastidiosi obblighi cui adempiere per dovere più che per reale convinzione. Questo mina al consolidamento di una cultura dei controlli robusta e produttiva.

A rafforzare l'idea che sia necessario rendere meramente facoltativa la costituzione del Comitato Rischi nelle grandi banche che adottano il sistema tradizionale è, ancora una

²⁹ Così LOPREIATO S., *Le autorità di vigilanza di fronte alla «governance» dualistica delle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2007, p. 500.

³⁰ Cfr. MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2009, n. 1, p. 98: «Nonostante il temperamento operato da principi come quello di proporzionalità, si è così ridotta eccessivamente l'autonomia organizzativa e aumentata la procedimentalizzazione delle decisioni gestionali, si sono moltiplicati i controlli e assorbite risorse umane ed economiche sempre maggiori. È stata favorita, inoltre, una visione dei controlli in termini formalistici e burocratici nonché la loro percezione alla stregua di un intralcio da subire, e se possibile aggirare, e non di uno strumento per aumentare efficienza e redditività (Mosco, 2009)».

³¹ MOSCO G.D., LOPREIATO S., *op. cit.*, p. 100: «D'altro canto si è già in presenza, come si è visto, di una superfetazione dei controlli sulla gestione, che finisce inevitabilmente per limitare la performance imprenditoriale, trasformando paradossalmente l'accountability in una sorta di boomerang per azionisti e stakeholders che li priva di una parte del valore d'impresa di cui potrebbero beneficiare, come ammoniva già l'Hampel Report inglese nel 1998; e che, soprattutto, consente ai tanti controllori di scaricare ognuno sugli altri le responsabilità connesse a ogni fallimento del sistema».

volta, il panorama comparatistico. Ed infatti, le società italiane che operano negli USA e sono quotate al *New York Stock Exchange* possono attestare il collegio sindacale come *audit committee*³². In questo caso, quindi, i sindaci svolgono le funzioni che il *Sarbanes Oxley Act* attribuisce al comitato di controllo interno.

Ed in effetti, non sono poche le imprese che si orientano in questo senso, dimostrando che il collegio sindacale è perfettamente in grado di rivestire il ruolo di *audit committee*³³. Ora, il punto è: se le nostre imprese operanti nel contesto in cui il Comitato Rischi è nato possono scegliere di far assumere al collegio sindacale le funzioni dello stesso, eliminando le duplicazioni, per quale ragione nel nostro ordinamento questo non dovrebbe essere possibile? Anche ammesso che il Comitato Rischi abbia una funzione assolutamente insostituibile, perché non lasciare all'autonomia privata la decisione sulla costituzione dello stesso, come del resto già avviene per le banche più piccole? Lasciare alle banche la scelta sulle modalità di allocazione delle competenze consentirebbe di evitare quell'eccessivo irrigidimento della normativa da cui derivano spesso dei sistemi organizzativi granitici, la cui scarsa flessibilità mal si adatta alle esigenze del mercato. Infatti, di certo non si può dimenticare che la *governance* bancaria debba essere gestita con cautela, in ragione dei particolari interessi con cui l'attività delle banche si interfaccia e che ci siamo più volte ripetuti; ma non è meno importante preservare la competitività e l'efficienza imprenditoriale delle imprese bancarie. Non si può e non si deve, memori del passato, commettere nuovamente l'errore di dimenticare l'impresa³⁴ e concepire discipline normative che guardino alle banche come mere custodi del risparmio collettivo. La banca esercita un'attività economica e nello svolgimento della stessa deve preoccuparsi del contenimento dei costi, della snellezza operativa, della competitività in un sistema economico globalizzato in cui non esistono frontiere.

³² FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2006, pubblicato su researchgate.net; ma anche nota 49, p. 32 PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013 che si riferisce a sua volta a MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, 99-10, per una riflessione sulla sovrapposizione delle funzioni di Comitato Rischi e collegio sindacale nell'ambito della valutazione sull'efficienza e l'idoneità dei controlli interni.

³³ Così ABRIANI N., *Verso una riforma della disciplina sui controlli interni*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2015, pp. 20 e 21 e FERRARINI G., *op. cit.*

³⁴ A tal riguardo contributo di particolare chiarezza è quello di FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 115-139, cui si rimanda per una analisi più approfondita del tema.

Del resto, lo stesso legislatore dà prova di aver preso atto di questo stato delle cose. L'articolo 6 TUF, di cui già si è detto in altre occasioni nel corso della nostra disamina, sembra porsi a fondamento delle argomentazioni che si stanno sviluppando. La norma prevede infatti che le autorità di vigilanza, nell'esercizio delle loro funzioni regolamentari, tengano conto di una pluralità di fattori, tutti convergenti verso una certa salvaguardia dell'autonomia privata. La lettera *a* dell'articolo si riferisce infatti alla «valorizzazione dell'autonomia decisionale dei soggetti abilitati»; segue la lettera *c* con un fondamentale riferimento al «riconoscimento del carattere internazionale del mercato finanziario e salvaguardia della posizione competitiva dell'industria italiana»; per arrivare poi alla lettera *d* con l'«agevolazione dell'innovazione e della concorrenza». Si badi, non si vuole in questa sede contestare la legittimità della previsione regolamentare che impone alle banche di grandi dimensioni la costituzione del Comitato Rischi. Affermare ciò non solo sarebbe incompatibile con la consapevolezza dei poteri regolamentari di cui godono le autorità di vigilanza, ma cozzerebbe altresì con tutto quanto è stato detto nelle pagine introduttive di questo lavoro. Quello che preme però evidenziare è l'opportunità di un intervento di questo tipo, che paradossalmente sembra poter avere effetti esattamente opposti rispetto a quelli auspicati.

Appare molto più coerente con la normativa di rango primario e con le esigenze di valorizzazione dell'efficienza e della competitività dell'impresa bancaria prevedere che la costituzione del Comitato Rischi sia decisa dalla banca stessa, anche quando di grandi dimensioni, in modo che essa possa determinarsi sulla base delle proprie specifiche esigenze. Ferma restando la previsione di un necessario coordinamento tra Comitato Rischi e Collegio sindacale, che comunque andrebbe affidato alla regolamentazione interna all'intermediario che scelga di costituire il Comitato. In questo modo, si eviterebbe di imporre delle modalità organizzative che peccano di spontaneità e di efficienza, senza però minare alla stabilità dei controlli.

Inoltre, pare opportuno un cenno a una questione importante. Da tempo ormai la dottrina statunitense manifesta un certo scetticismo verso la validità della convinzione secondo cui gli amministratori indipendenti sarebbero in grado di garantire dei controlli più solidi ed affidabili. Al riguardo, è particolarmente interessante quanto sostenuto dallo studioso

Klaus J. Hopt³⁵ a proposito delle banche che durante la grande crisi hanno affrontato maggiori difficoltà: «*While there is no necessary trade-off between independence and competence, it may well be that there are cases in which **qualification may be more important than independence**, since independent directors lack information. During the financial crisis, banks receiving bailout money had boards that were more independent*³⁶».

Diversi sono gli studiosi statunitensi che condividono un'idea di questo tipo, ma non sono mancate anche tra la dottrina italiana voci conformi a questa visione. Il dibattito sull'utilità degli amministratori indipendenti³⁷, specialmente in contesti economici (come quello italiano) caratterizzati da società con azionisti di controllo e non con azionariato diffuso, è a dir poco sconfinato. Non è pertanto opportuno soffermarvisi in questa sede. Un rapido cenno però è sufficiente a fornire qualche spunto di riflessione.

Assunto quanto sopra, e assodato che la funzione originaria del Comitato Rischi è a tutti gli effetti una funzione di controllo, il che spiega la ragione per cui essa si sovrappone rispetto a quella del collegio sindacale, ne deriva che, se lo si vuole concepire nel nostro ordinamento come un organo meramente consiliare rispetto al consiglio di amministrazione, non ha senso imporre la costituzione lì dove un organo di controllo nel pieno esercizio delle sue funzioni è già presente. Ma su questo si tornerà a breve. Al momento, invece, dopo aver analizzato le ragioni che a parere di chi scrive devono indurre ad un ripensamento del ruolo del Comitato Rischi nel diritto bancario italiano (quanto meno rispetto alle banche che adottano il sistema di amministrazione e controllo tradizionale) è doveroso segnalare talune contestazioni che potrebbero essere sollevate rispetto ad una concezione di questo tipo.

A tale scopo, si segnala che una questione che rende una parte della dottrina favorevole all'obbligatorietà del Comitato Rischi è il maggiore grado di incisività che un intervento

³⁵ HOPT. K.J., *Better Governance of Financial Institutions*, ECGI Law Working Paper, No. 207, 2013, pp. 1-65.

³⁶ HOPT. K.J., *op.cit.*, p. 30.

³⁷ Sul tema, nel fortunato volume BIANCHINI M., DI NOIA C., (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010 hanno scritto MARCHETTI P., *Quale indipendenza per gli amministratori?*, pp. 33-40; ENRIQUES L., *Breve commento sulla «natura» e il ruolo degli amministratori indipendenti*, pp. 41-46; BELCREDI M., *La questione del ruolo «specifico» degli indipendenti nei sistemi di governance*, 67-82. Ma ancora, tra gli altri, FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2006, pubblicato su researchgate.net; Interessante la lettura di PRESTI G., MACCABRUNI F.M., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2003, pp. 97-114.

dei non esecutivi può avere su una delibera del consiglio di amministrazione rispetto a quanto non possa fare invece il collegio sindacale³⁸. Infatti, qualora i sindaci dovessero ravvisare delle irregolarità nel corso dei loro controlli, possono convocare il consiglio di amministrazione per sottoporre la fattispecie di criticità all'attenzione degli amministratori. Essi invece non hanno strumenti di "spinta gentile" verso l'adozione dei provvedimenti opportuni a far fronte tempestivamente all'esigenza rilevata. I sindaci sono infatti dotati solo dei poteri di denuncia al tribunale e di segnalazione all'autorità di vigilanza. Viceversa, gli amministratori indipendenti, essendo parte del consiglio di amministrazione, possono agevolmente sottoporre la questione critica all'organo collegiale e incidere sulla delibera dello stesso. Tuttavia, sia concesso avanzare l'idea che questo è un po' poco per giustificare la necessità della costituzione di un organo *ad hoc*, se confrontato con l'assorbimento di risorse umane ed economiche che ne deriva. Semmai, per far fronte ad una situazione di questo tipo, che indubbiamente genera dei grattacapi, si potrebbe ipotizzare, in un processo di concentrazione di tutte le funzioni di alta vigilanza in capo al collegio sindacale, di attribuire ai sindaci il potere di effettuare delle proposte di superamento della criticità portata all'attenzione del consiglio di amministrazione, prevedendo che queste proposte siano obbligatoriamente sottoposte a votazione. Ne conseguirebbe certamente una maggiore attenzione degli amministratori alla questione, nonché una maggiore "tracciabilità" dell'operato deliberativo, anche nell'ottica di eventuali successive imputazioni di responsabilità. Si tratterebbe anche di un approccio piuttosto coerente con il rinnovato ruolo del collegio sindacale nel complesso organizzativo societario, visto il suo coinvolgimento nelle dinamiche gestionali quando si tratta del sistema dei controlli.

E veniamo adesso alla domanda di apertura. Il collegio sindacale può essere considerato un organo pleonastico? Un ridondante lascito della tradizione? Alla luce di quanto si è esposto sopra, la risposta negativa sembra essere obbligata.

Il collegio sindacale, forse proprio in ragione della lunga esperienza di vita maturata³⁹, è un organo fondamentale nel sistema dei controlli interni e che si pone al centro di un modello di *corporate governance* sicuramente non perfetto, ma efficace. Per cui, più che

³⁸ In questo senso PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, p. 329.

³⁹ Cfr. BALZOLA S., *I controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, in *Giurisprudenza italiana*, 11/2013, pp. 2419-2427.

di riforme volte a modificare il sistema tradizionale cercando di avvicinarlo a modelli alternativi la cui maggiore efficacia non pare in alcun modo provata, è forse opportuno consentire alle imprese una maggiore flessibilità nell'adozione del modello che più ritengono appropriato, specialmente se si tratta del sistema tradizionale. Questo perché una maggiore flessibilità non comporterebbe l'affievolimento dei controlli, data la presenza di un organo che da decenni è a questi deputato e che è connotato da un livello di preparazione adeguato.

Non pare che ad eventuali carenze della funzione di controllo sia opportuno far fronte moltiplicando gli organi adibiti a svolgere le stesse mansioni, ma piuttosto è necessario rafforzare i poteri degli organi già esistenti e costruire una disciplina delle responsabilità che possa essere un chiaro e preciso deterrente a condotte scorrette o negligenti.

Del resto, se si guarda alla storia degli organi che si sono analizzati, la proposta di un accentramento dei poteri di controllo in capo al collegio sindacale con la conseguente previsione della mera facoltà di costituzione del Comitato Rischi non spaventa, né fa sorgere dubbi su un regresso rispetto ad un sistema di controlli evoluto. Infatti, come si è visto, le esigenze che hanno indotto al concepimento di un *audit committee* sono ben diverse dalle problematiche che si riscontrano nell'analisi del funzionamento del sistema tradizionale. Ma soprattutto, il Comitato Rischi è nato in contesti ordinamentali che non dovevano far fronte a delle carenze nel funzionamento del loro organo di controllo, bensì alla lacuna ben più grave della totale assenza di un organo di questo tipo.

Detto in altri termini, l'*audit committee* non nasce per sopperire all'insufficienza delle capacità operative di un organo analogo al collegio sindacale, ma per assolvere agli incarichi di un organo di questo tipo, di cui gli ordinamenti statunitense ed anglosassone erano fino a quel momento sprovvisti. Se si ha chiaro questo presupposto storico, sembra quasi naturale dedurre che il sistema tradizionale, al momento delle riforme che lo hanno modificato per avvicinarlo ai modelli alternativi, di per sé era già completo, essendo dotato da tempo di quell'organo che gli altri ordinamenti hanno introdotto in tutta fretta a seguito di scandali originati proprio nel loro stesso sistema finanziario.

Di certo questa non vuole essere l'occasione per un'apologia della tradizione o del collegio sindacale, che pure presenta dei limiti nel suo funzionamento, come la storia ci ha dimostrato. Si può però, forse, avanzare l'ipotesi che il modo migliore per far fronte a queste carenze sia intervenire sulle stesse in maniera diretta, agendo sull'organo senza

temere lo spettro della tradizione, ma valorizzandone al contempo i punti di forza, invece che moltiplicare i soggetti che adempiono a medesime occupazioni con nevrotici e pantagruelici interventi normativi più attenti a mimetizzare l'ordinamento nella selva della normativa comunitaria ed internazionale, che non a preservarne la coerenza sistematica.

3. Il Comitato Rischi e le funzioni aziendali di controllo

Nel corso della nostra disamina si è più volte avuto modo di sottolineare quanto sia importante interpretare in maniera corretta il concetto di *controllo*, in un'accezione tutta nuova e più conforme alla soddisfazione delle esigenze di costante supervisione che caratterizzano l'attività bancaria nella sua complessità e delicatezza.

I controlli si configurano prima di tutto come un momento dell'agire imprenditoriale⁴⁰, posto che la supervisione sul regolare adempimento delle linee di indirizzo e delle strategie provenienti dall'organo amministrativo rende le funzioni ad essa deputate una componente essenziale della gestione. In questo senso va interpretato l'operato delle funzioni aziendali di controllo, di cui i diversi organi di *governance* si avvalgono come supporto all'adempimento delle proprie funzioni.

Proprio questa collocazione interna alla gestione serve a spiegare il ruolo che l'organo con funzione di supervisione strategica assume rispetto alla predisposizione ed al funzionamento delle funzioni aziendali di controllo. La Circolare 285 prevede che l'organo con funzione di supervisione strategica approva «la costituzione delle funzioni aziendali di controllo, i relativi compiti e responsabilità, le modalità di coordinamento e collaborazione, i flussi informativi tra tali funzioni e tra queste e gli organi aziendali⁴¹» e «la politica aziendale in materia di esternalizzazione delle funzioni aziendali⁴²»; l'organo inoltre assicura che «le funzioni aziendali di controllo possiedano i requisiti e rispettino le previsioni della Sezione III», intervenendo tempestivamente nel caso di rilevazione di carenze o anomalie⁴³. Con cadenza almeno annuale, inoltre, l'organo con funzione di

⁴⁰ Si rimanda al Capitolo I, parte seconda, §5 di questo lavoro per una panoramica più completa dell'affermazione e dello sviluppo dell'*internal governance* nonché dell'articolazione delle funzioni aziendali di controllo.

⁴¹ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 11, §2, lett. *a*.

⁴² Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 11, §2, lett. *f*.

⁴³ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 12, §2, lett. *b*.

supervisione strategica è chiamato ad approvare il programma di attività e ad esaminare le relazioni predisposte annualmente dalle funzioni aziendali di controllo. Per quanto riguarda invece la funzione di *internal audit*, all'organo è rimessa la competenza ad esaminare il piano di *audit* da essa predisposto annualmente, nonché ad approvare il piano pluriennale⁴⁴.

Poiché il corretto funzionamento del complesso apparato dei controlli passa prima di tutto per una fruttuosa interconnessione tra i vari soggetti che ne fanno parte, ed in particolare tra gli organi aziendali, i comitati istituiti al loro interno e le funzioni di controllo, «per assicurare una corretta interazione tra tutte le funzioni e organi con compiti di controllo, evitando sovrapposizioni o lacune, l'organo con funzione di supervisione strategica approva un documento, diffuso a tutte le strutture interessate, nel quale sono definiti i compiti e le responsabilità dei vari organi e funzioni di controllo, i flussi informativi tra le diverse funzioni/organi e tra queste/i e gli organi aziendali e, nel caso in cui gli ambiti di controllo presentino aree di potenziale sovrapposizione o permettano di sviluppare sinergie, le modalità di coordinamento e di collaborazione⁴⁵».

Nell'adempimento di questa pluralità di compiti inerenti alla predisposizione e operatività delle funzioni aziendali di controllo, l'organo con funzione di supervisione strategica è assistito dal Comitato Rischi, che, ai sensi della Circolare 285⁴⁶:

- Esamina le relazioni annuali delle funzioni aziendali di controllo e i programmi di attività delle stesse, tra cui il piano di *audit*, prima che essi vengano sottoposti al vaglio dell'organo amministrativo;
- Valuta la sussistenza in capo ai responsabili delle funzioni di controllo dei requisiti richiesti dalla normativa e segnala all'organo amministrativo eventuali carenze ed irregolarità proponendo anche degli interventi di correzione;
- Verifica che l'operato delle funzioni aziendali di controllo sia conforme alle linee direttive individuate dall'organo con funzione di supervisione strategica;
- Interloquisce in maniera diretta con le funzioni di *compliance*, *risk management* ed *internal audit* per dotarsi delle informazioni necessarie all'espletamento delle proprie funzioni;

⁴⁴ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 13, §2.

⁴⁵ Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 17, 18, §5.

⁴⁶ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 22, 23, §2.3.3.

Alle previsioni della Circolare 285 si affiancano quelle del Codice di *Corporate Governance*, che all'articolo 6, Raccomandazione 33 specifica tutti i compiti che l'organo di amministrazione esegue avvalendosi del «supporto» del Comitato Rischi.

Prima di analizzare i contenuti della disposizione è interessante soffermarsi sulla formulazione letterale della stessa. La versione attuale del Codice di autodisciplina parla, come si è anticipato, di supporto all'organo amministrativo. Leggendo invece la formulazione del codice nella sua versione del 2018 si noterà che il criterio applicativo 7.C.1 si riferisce ad un «parere» del Comitato preventivo rispetto alla decisione del consiglio di amministrazione. La lettera attuale sembra molto più adatta alla rinnovata concezione del controllo di cui si è detto ormai ampiamente.

L'intervento del Comitato Rischi, infatti, appare integrato nell'attività del consiglio di amministrazione e non distaccato da essa, assumendo una funzione di supporto ancor prima e ancor più che consiliare. Per quanto apparentemente impercettibile, questo mutamento nella formulazione segna un cambiamento nel modo di concepire la funzione del Comitato che è dunque abbastanza recente.

Tornando alla previsione dell'autodisciplina, la Raccomandazione 33 prevede che l'organo di amministrazione, con il supporto del Comitato Rischi:

- «Nomina e revoca il responsabile della funzione di *internal audit*, definendone la remunerazione coerentemente con le politiche aziendali, e assicurandosi che lo stesso sia dotato di risorse adeguate all'espletamento dei propri compiti. Qualora decida di affidare la funzione di *internal audit*, nel suo complesso o per segmenti di operatività, a un soggetto esterno alla società, assicura che esso sia dotato di adeguati requisiti di professionalità, indipendenza e organizzazione e fornisce adeguata motivazione di tale scelta nella relazione sul governo societario;
- Approva, con cadenza almeno annuale, il piano di lavoro predisposto dal responsabile della funzione di *internal audit*, sentito l'organo di controllo e il *chief executive officer*; valuta l'opportunità di adottare misure per garantire l'efficacia e l'imparzialità di giudizio delle altre funzioni aziendali indicate nella *raccomandazione 32*, lett. e), verificando che siano dotate di adeguate professionalità e risorse»;

Le previsioni del Codice inerenti al Comitato continuano con la Raccomandazione 35, in forza della quale esso, nel coadiuvare l'organo amministrativo:

- «Monitora l'autonomia, l'adeguatezza, l'efficacia e l'efficienza della funzione di *internal audit*;
- Può affidare alla funzione di *internal audit* lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative, dandone contestuale comunicazione al presidente dell'organo di controllo»;

3.1. Il Comitato Rischi e la funzione di *risk management*: inutile duplicazione?

Come si è detto nelle pagine dedicate alla funzione aziendale di *risk management*⁴⁷, l'esigenza dell'affermazione della stessa nell'ambito dell'organizzazione aziendale bancaria è stata resa palese da scandali finanziari che hanno rivelato la cogenza di predisporre dei meccanismi di riconoscimento e gestione dei rischi cui l'attività bancaria può incorrere.

La Circolare 285 attribuisce particolare rilevanza alla funzione di controllo dei rischi, individuandone in maniera precisa le specifiche funzioni. Tra queste si sono già a suo tempo segnalate come fondamentali le attribuzioni in forza delle quali la funzione⁴⁸:

- **Propone i parametri qualitativi e quantitativi per la definizione del RAF e ne valuta l'adeguatezza;**
- Verifica nel continuo l'adeguatezza del processo di gestione dei rischi e dei limiti operativi;
- Monitora il rischio effettivo assunto dall'impresa bancaria e ne valuta la coerenza con gli obiettivi di rischio;
- **Coadiuvava gli organi aziendali nella valutazione del rischio strategico;**
- Sviluppa e applica indicatori in grado di individuare situazioni di anomalia nei sistemi di misurazione e controllo dei rischi;
- **Dà pareri preventivi sulla coerenza con il RAF di operazioni particolarmente rilevanti e in caso di parere negativo su operazioni diverse da quelle deliberate**

⁴⁷ Cfr. Capitolo I, parte seconda, §5.2 di questo lavoro.

⁴⁸ Cfr. Circolare 285, Parte prima, IV, 3, 23, 25, 25.

direttamente dall'organo con funzione strategica o di gestione sono adottate delle procedure di *escalation*;

- In caso di violazione del RAF, ne valuta cause ed effetti ed informa le unità operative interessate nonché gli organi aziendali. Propone misure correttive;
- Verifica l'adeguatezza e l'efficacia delle misure correttive adottate;

Tali attribuzioni sono state ripetute in questa sede per consentire un immediato confronto, anche visivo, con le competenze che in materia di controllo dei rischi sono invece rimesse al Comitato Rischi dalla stessa Circolare, la quale prevede che tale Comitato deve riporre particolare attenzione in tutte le attività che sono finalizzate a permettere all'organo con funzione di supervisione strategica di determinare in maniera efficace e corretta i contenuti del RAF⁴⁹.

Prima di analizzare nel dettaglio le previsioni attuative di questa premessa, è necessario un appunto. Si ricorda che le funzioni aziendali di controllo hanno il precipuo scopo di assistere gli organi societari nell'esercizio delle loro funzioni, fornendo ad essi una visione di dinamiche aziendali interna all'impresa e dotata di specifica competenza. Tra l'altro, si rammenta che la nomina dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo è rimessa proprio all'organo con funzione di supervisione strategica, per garantirne una maggiore indipendenza dagli amministratori esecutivi.

Ora, a prescindere dalla adeguatezza di una previsione di questo tipo, che pure, come si è visto, risulta contestabile, è un fatto che tale assetto rende molto concreta e tangibile la connessione tra la funzione di *risk management* e i non esecutivi. Alla luce di quanto si è esposto pocanzi, pare legittimo dubitare della necessità di attribuire ad un comitato interno all'organo con funzione di supervisione strategica delle competenze che, rispetto alla materia della gestione dei rischi, sembrano sovrapponibili a quelle della funzione di *risk management*. La Circolare 285 prevede infatti che il Comitato⁵⁰:

- Supporta l'organo con funzione di supervisione strategica nella definizione e approvazione delle politiche di gestione dei rischi;
- Riguardo al RAF, con valutazioni e proposte assiste l'organo con funzione di supervisione strategica nella definizione ed approvazione degli obiettivi di rischio e delle rispettive soglie di tolleranza;

⁴⁹ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 22.

⁵⁰ Circolare 285, Parte prima, IV, 1, 22, 23.

- Verifica che le strategie, le politiche di governo dei rischi ed il RAF siano attuate correttamente;
- Valuta che le attività aziendali siano coerenti con le strategie elaborate in materia di rischi ed il modello di *business* prescelto;

Insomma, svolge un'attività di supporto all'organo con funzione di supervisione strategica in materia di gestione dei rischi, fornendo però un'assistenza che non pare molto dissimile da quella cui provvede la funzione di *risk management*.

Va inoltre ricordato che, nelle banche di grandi dimensioni, il principio di proporzionalità esclude che la funzione di *risk management* e quella di *compliance* possano essere riunite. Ne deriva la necessaria presenza di un'ulteriore funzione deputata alla valutazione e gestione dello specifico rischio di conformità. Non si tornerà in questa sede, per non ripetersi, sulle peculiarità della funzione di *compliance*, ma è comunque doveroso evidenziare come la struttura organizzativa delle banche significative sia concepita per consentire una gestione efficace e tempestiva di ogni tipo di rischio in cui l'attività di impresa possa incorrere, prevedendo a presidio di complesse articolazioni strutturali dei soggetti dotati di competenze adeguate a far fronte alle diverse esigenze rinvenibili. Proprio questi soggetti, essendo coinvolti in un continuo interscambio informativo con l'organo di amministrazione, costituiscono già di per sé un valido supporto consulenziale, che mette in dubbio la necessità di prevederne uno ulteriore.

Certo, il Comitato Rischi è preposto al supporto del solo consiglio di amministrazione, mentre le funzioni aziendali di controllo assistono tutti gli organi societari, ma non pare che questa sia una ragione sufficiente a giustificare la moltiplicazione di soggetti deputati in concreto a svolgere le stesse attività, data anche l'ormai nota problematica delle asimmetrie informative, che cresce esponenzialmente all'aumentare degli intermediari.

4. La “Legge Capitali”: nuove frontiere del sistema dei controlli interni

Il 27 marzo 2024 è entrata in vigore la legge 5 marzo 2024 n. 21 (cd. Legge Capitali), la quale apporta delle modifiche al TUF e al Codice civile miranti a migliorare e sostenere la competitività dei capitali italiani rispetto al contesto internazionale⁵¹. Tali modifiche

⁵¹ Cfr. Assonime, Circolare n. 6 del 13 marzo 2024 sulla Legge 5 marzo 2024, n. 21: interventi a sostegno della competitività del mercato dei capitali. *Abstract*.

saranno eseguite sulla base di *input* forniti dal Rapporto OCSE 2020 relativo al mercato italiano dei capitali e dal Libro Verde del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 2022. Quest'ultimo, in particolare, ha dato evidenza di come il mercato dei capitali italiano sia sottodimensionato, se confrontato con quello di altri paesi economicamente avanzati. Un simile divario evidentemente necessita di essere colmato agendo sulle principali ragioni dello stesso. Tra queste vi sono certamente delle problematiche di tipo normativo e regolamentare che rendono i nostri capitali meno appetibili alla platea degli investitori⁵². Il testo di legge fornisce degli indicatori chiari di queste problematiche. Esso si articola in quattro settori:

- Interventi finalizzati ad agevolare l'accesso al mercato dei capitali;
- Interventi sulla regolazione dell'emissione di strumenti finanziari diffusi;
- Interventi sulla *corporate governance* (tra cui una riforma della disciplina del voto plurimo e maggiorato);
- Interventi sui meccanismi sanzionatori;

Mentre le misure di cui si è detto sopra si estrinsecano in previsioni caratterizzate da una certa precisione, la legge prevede anche l'attribuzione al Governo di una delega per «la riforma organica delle disposizioni in materia di mercati di capitali⁵³» del TUF e del Codice civile, individuando dei principi molto generici a fondamento di tale riforma. Tra questi assume particolare rilievo il principio di semplificazione della normativa vigente. Infatti, la parte più consistente della legge (19 articoli sui 27 complessivi) compone il Capo I rubricato *Semplificazione in materia di accesso e regolamentazione dei mercati di capitali*.

La semplificazione della normativa in materia, sia in un'ottica di interpretazione letterale, che sistematica, costituisce quindi un fondamentale obiettivo cui deve essere orientato l'esercizio della delega da parte del Governo. Si tratta di un punto di grande interesse per la materia che stiamo analizzando, dato che nel corso della nostra trattazione non di rado è stato possibile notare che l'eccessiva complessità della disciplina dei controlli e

Si veda anche SCASELLATI SFORZOLINI G., FIORUZZI P., RAINELLI P., PUPPIENI N., *DDL Capitali: Misure a Sostegno della Competitività del Mercato dei Capitali*, 7 marzo 2024, disponibile all'indirizzo <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2024/ddl-capitali-misure-a-sostegno-della-competitivit-del-mercato-dei-capitali.pdf>.

⁵² Così BARBATI SILVA P., FANELLI E., *Le principali novità della c.d. Legge Capitali*, 3 aprile 2024, disponibile all'indirizzo <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ca49b167-17bb-4520-9429-8b888775bb26>.

⁵³ Così Articolo 19, comma 1, della Legge 21/2024.

l'affastellarsi di fonti normative determinano un quadro per nulla omogeneo e inadatto ad esigenze di sistema. Non si può non giungere alla conclusione che questa è una delle componenti che concorrono a rendere il mercato dei capitali italiano poco attraente per gli investitori. Come si è già detto nelle pagine precedenti, infatti, un'eccessiva burocratizzazione dei controlli ostacola la gestione e rallenta i processi decisionali, rendendo le imprese e, l'ordinamento nel suo complesso, poco competitivi nel contesto internazionale. La Legge Capitali sembra aver preso atto di questo stato delle cose. L'articolo 19, alla lettera *h*, prevede infatti che il Governo, nell'esercizio della delega, deve «assicurare un sistema coerente e integrato dei controlli interni, eliminando sovrapposizioni o duplicazioni nelle funzioni e strutture di controllo e individuando altresì adeguate forme di coordinamento e di scambio di informazioni per un più efficace contrasto delle irregolarità rilevate».

È forse giunta l'ora di intervenire sulla materia con una riforma organica che, nel sostenere la competitività del nostro mercato, alleggerisca le imprese dai gravami dovuti ad una normativa dei controlli molto complessa e farraginoso. Un intervento di ristrutturazione ed ammodernamento della materia deve però necessariamente fondarsi su due pilastri ideologici imprescindibili, che sono ormai noti alla fine di questo lavoro: *in primis*, quando non vi sono cogenti ragioni a rendere necessaria una norma imperativa, è sempre più opportuno lasciare all'autonomia statutaria maggiore flessibilità; in secondo luogo, vanno eliminati i costi connessi a incombenze che non hanno alcun effettivo risultato in termini di tutela delle minoranze deboli e dei risparmiatori. E di oneri oziosi il sistema dei controlli interni, per la verità non solo quello bancario, abbonda. Non è il caso di ripetere qui le ragioni per cui una moltiplicazione degli organi di controllo non è assolutamente garanzia di maggiore efficacia del sistema né, tantomeno, di miglior tutela per risparmiatori ed investitori. Inoltre, la spesso eccessiva vincolatività della normativa secondaria, talvolta troppo corrosiva dell'autonomia statutaria, è un tema su cui abbiamo speso tante parole e su cui fiumi di inchiostro si sono concentrati prima di noi. Del resto, che la Legge Capitali vada nella direzione di una valorizzazione dell'autonomia delle imprese sembra essere stato rilevato anche da Assonime, che nella Circolare 6/2024 fa riferimento anche a questo aspetto⁵⁴. Per cui non pare si possa dubitare che da queste due

⁵⁴ Assonime, Circolare 6/2024, p. 11: «La riforma potrà valorizzare ulteriormente l'autonomia delle società quali [...] l'attribuzione e l'articolazione delle funzioni di controllo, anche allo scopo di allineare il sistema

basi si debba partire per l'auspicata e attesa riforma. Forse proprio nel sistema finanziario si potrebbe iniziare con la sperimentazione di strutture organizzative più snelle ed efficienti, per metterle alla prova prima di un'estensione delle stesse anche al diritto comune. Tra l'altro, un intervento legislativo organico in questo settore consentirebbe di mettere ordine tra la pluralità di fonti disciplinari che, come abbiamo visto, si sono spesso stratificate formando fastidiosi calli ossei nella normativa.

5. Qualche proposta di riforma. Note conclusive.

Avviandoci verso le note conclusive della nostra ricerca, è bene tirare le somme di tutto quanto si è esposto sopra, partendo però da una premessa doverosa: «Sistemi di controllo policentrici, come quelli descritti, presentano [...] inevitabilmente aree di miglioramento, ma la sovrapposizione è un rischio che, analogamente agli altri rischi, deve essere presidiato [...]»⁵⁵ e ormai, anche a detta del legislatore, eliminato. La Legge Capitali fornisce un'occasione preziosa per un intervento di razionalizzazione e omogeneizzazione della disciplina dei controlli, inaugurandone una nuova epoca in cui i titoli dei lavori di dottrina non siano più sintetizzabili nelle *Molte regole, nessun sistema*, di Bianchini e Di Noia.

Ma in che direzione dovrebbe andare questo intervento normativo di razionalizzazione della materia? È certo che altre sono le sedi, ben più alte e qualificate, per avanzare proposte. Tuttavia, una qualche osservazione generale può trovare cittadinanza anche nel nostro lavoro.

Prima di tutto, è forse il caso di intervenire sui sistemi alternativi di amministrazione e controllo, semmai anche sperimentando nel campo del diritto bancario delle soluzioni in futuro estendibili alle società di diritto comune. A tal proposito si potrebbe avanzare l'idea che, a differenza di quanto previsto dal Codice civile, l'equivalenza tra i sistemi di *corporate governance* sia condivisa dall'autorità di vigilanza più formalmente che in concreto⁵⁶. La Circolare 285, infatti, ha previsto una serie di modifiche ai sistemi

italiano a quello degli altri principali paesi, soprattutto quelli che mostrano una maggiore competitività e dinamicità del mercato dei capitali».

⁵⁵ BERNARDI D., RIVA P., *Analisi delle varie sovrapposizioni tra le aree oggetto di controllo*, in RIVA P. (a cura di), *Ruoli di Corporate Governance. Adeguate assetti e sostenibilità*, Milano, Egea, 2023, p. 272.

⁵⁶ Così STELLA RICHTER M. jr, *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018, p. 323.

alternativi che sono consistite sostanzialmente in una riduzione delle differenze con il sistema tradizionale, cercando di adattare, alle caratteristiche di quest'ultimo, istituti nati in contesti culturali ed economico-finanziari diversi. Ciò ha generato delle incertezze interpretative e delle incongruenze di non poco momento, che inducono a chiedersi se forse non sia il caso di agire sui sistemi alternativi con un intervento *ad hoc* che si emancipi dai continui richiami al modello tradizionale.

Del resto, se si guarda alle disposizioni del Codice civile in materia, il problema dei continui rimandi alla disciplina del tradizionale si ripresenta, per cui prima di tutto su questo fronte si deve agire, cercando di conservare le peculiarità di ciascun sistema, onde evitarne uno snaturamento.

Un altro aspetto importante da considerare è poi quanto si è detto a proposito del ruolo del Comitato Rischi nelle grandi banche che adottano il sistema tradizionale. Almeno in questo contesto, è forse il caso di reintrodurre la facoltatività della costituzione del Comitato, per tutte le ragioni che si sono dette sopra e che non è opportuno, pertanto, ripetere, se non in una chiosa di sintesi.

Non si può non notare che le sovrapposizioni tra le funzioni di questo Comitato e quelle del collegio sindacale sono considerevoli e generano una ridondanza nelle attività di supervisione che è acuita dalla presenza delle funzioni aziendali di controllo nel loro ruolo di *longa manus* degli organi societari. Ne deriva un assorbimento di tempo e di risorse umane ed economiche che non giova alla competitività e all'efficienza delle imprese bancarie, nonché alla competitività del nostro stesso ordinamento.

L'attenzione particolare al sistema tradizionale è certamente doverosa, in quanto la quasi totalità delle nostre banche, anche di grandi dimensioni, continua ad adottare questo modello. Tuttavia, non abbiamo trascurato di analizzare il modo in cui il Comitato Rischi si comporta negli altri due sistemi di *corporate governance* e questo ci ha consentito di rilevare analoghe sovrapposizioni. Infatti anche il sistema monistico, come abbiamo visto e ribadito in più occasioni, nel nostro ordinamento ha perso in parte la sua proverbiale snellezza ed è stato minato nella sua efficienza da fastidiose sovrapposizioni funzionali tipicamente italiane.

Se da una parte un intervento normativo specifico sui sistemi alternativi potrebbe costituire un incentivo all'adozione degli stessi, è anche vero che una razionalizzazione del sistema tradizionale potrebbe renderlo preferibile agli altri due, non solo in ragione di

una reticenza culturale verso i sistemi alternativi. Certo, un intervento di razionalizzazione di questo tipo dovrebbe tenere conto prima di tutto della necessità di adattamento del collegio sindacale ad una nuova forma di educazione al controllo. Il che non vuol dire snaturare l'organo riducendolo a una mera riproduzione dei comitati interni tipici del modello monistico, ma reinterpretare il ruolo dei sindaci prevedendone un maggiore coinvolgimento nelle dinamiche strategiche riguardanti il sistema dei controlli. In un contesto di questo tipo, un coinvolgimento preventivo del collegio sindacale potrebbe fornire agli amministratori tutte le informazioni di cui necessitano per assumere una decisione a livello collegiale, senza l'esigenza di prevedere un'ulteriore fase istruttoria di competenza di un gruppo ristretto di amministratori. Questo gioverebbe al problema delle asimmetrie informative, ma soprattutto consentirebbe un'applicazione dell'articolo 2392 c.c. coerente con il testo normativo e con l'intenzione palesata dal legislatore di evitare ogni forma di imputazione oggettiva della responsabilità.

Si badi, con ciò non si vuole sostenere l'assoluta inutilità del Comitato Rischi, essendo ben coscienti del fatto che, anche quando facoltativo, esso è stato nella maggioranza dei casi costituito. Sembra però più opportuno che la decisione venga lasciata alle imprese, che dovrebbero essere libere di darsi l'organizzazione più adeguata alle proprie esigenze gestorie.

Il perseguimento di una maggiore flessibilità normativa è un proposito che l'ordinamento deve certamente porsi al fine di perseguire un obiettivo di rafforzamento della competitività propria e delle proprie imprese. È chiaro che, data la particolare natura dell'impresa bancaria, uno snellimento delle procedure di controllo non deve portare ad una diminuzione di rendimento delle stesse e di tutela, però non sembra che l'accentramento dei poteri di vigilanza esclusivamente in capo ai sindaci possa condurre ad uno scenario siffatto. Data anche l'attribuzione ormai consolidata della funzione di controllo contabile in capo a società esterne, che lascia ai sindaci la possibilità di dedicarsi a controlli che non hanno a che fare con i numeri.

Inoltre, avere un unico organo che si occupa di tutte le sfaccettature dei controlli interni in maniera esclusiva consente di rafforzare le tutele perché, da una parte, ne è indiscussa la responsabilità per carenze riscontrabili nel sistema, e dall'altra permette un migliore coordinamento con l'autorità di vigilanza, di cui l'organo di controllo, si ricordi, rimane un presidio. Allo snellimento degli apparati organizzativi e alla riduzione numerica dei

soggetti deputati all'adempimento delle medesime funzioni dovrà di certo accompagnarsi un intervento volto a migliorare la qualità dei flussi informativi intercorrenti tra gli organi residuati, magari attraverso lo sfruttamento delle inedite opportunità fornite dalle nuove tecnologie.

Oltretutto, torna in queste pagine conclusive una questione che si è trattata nelle primissime fasi di questo lavoro, ossia la forse eccessiva pervasività della normativa secondaria di settore.

Come si diceva già nel capitolo dedicato alle fonti, la sensazione avvertita da più parti è quella di una incisività dell'attività regolamentare dell'autorità di vigilanza a volte tanto considerevole quanto non giustificata, in un peculiare sistema in cui le norme primarie perdono energia mentre quelle secondarie si fanno precise e vigorose. Dato che proprio in questo contesto si collocano le problematiche previsioni sul Comitato Rischi che ormai sono note, forse su questo tema vale la pena che delle serie riflessioni vengano prese in considerazione dall'autorità di vigilanza, ma anche e soprattutto dal legislatore. Sembra proprio che la delega al Governo della Legge Capitali possa fornire una valida occasione per un riordino della materia e l'elaborazione di un sistema di regole che consenta all'interprete e agli operatori di divincolarsi dall'intricata e oscura selva normativa che si è descritta, e uscire «a riveder le stelle»⁵⁷.

⁵⁷ ALIGHIERI D., *Divina Commedia (Inferno, XXXIV, 139)*.

Bibliografia

ABRIANI N., *Verso una riforma della disciplina sui controlli interni*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2015, pp. 17-34.

ABRIANI N., *L'organo di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato per il controllo sulla gestione)*, in TOMBARIU. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nelle S.p.a.*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 95-129.

ABRIANI N., *Collegio sindacale e "Comitato per il controllo interno e la revisione contabile" nel sistema policentrico dei controlli*, in *Rivista delle società*, 1/2013, pp. 1-22.

ADAMS M.B., *Agency Theory and Internal Audit*, in *Managerial Auditing Journal*, 1994, vol.9, n8, pp. 8-12.

ALAIO E., BOWINKEL M., *La sostenibilità in ambito bancario*, in *Amministrazione & Finanza*, 4/2022, pp. 63-68.

AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e "Business Judgement Rule"*, in *Giurisprudenza commerciale*, 5/2016, pp. 643-670.

ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2021.

ANNUNZIATA F., *"Governance" delle banche e conflitti di interessi. Il difficile equilibrio tra disciplina bancaria e dei servizi di investimento*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2004, pp. 177-186.

ARRIGONI M., RESTELLI E.R., *Il caso Silicon Valley Bank e la proporzionalità nella disciplina europea delle banche*, in *Le società*, 6/2023, pp. 723-732.

BALP G., STRAMPELLI G., *Il sistema dualistico nel settore bancario tedesco: lo statuto e i regolamenti di deutsche Bank AG*, in *Rivista delle società*, 4/2008, pp. 760-764.

BALZOLA S., *I controlli interni nelle società per azioni quotate: il ruolo del collegio sindacale*, in *Giurisprudenza italiana*, 11/2013, pp. 2419-2427.

BANCA D'ITALIA, Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013.

BANCA D'ITALIA, *Le finalità della vigilanza nel nuovo ordinamento del credito: profili economici e giuridici*, reperibile sul sito istituzionale.

BASILE R., D'ANTONA G., *Il sistema dei controlli interni nelle banche: nuove prospettive alla luce del 15° aggiornamento della circolare 263 emanato da Banca d'Italia*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2/2014, pp. 313-324.

- BAUM H. *The rise of independent director: a historical and comparative perspective*, in *Research Paper Series Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, no. 16/20, 2016, pp. 1-34.
- BECHT M., BOLTON P., RÖELL A., *Why bank governance is different*, in *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 27, Number 3, 2011, pp. 437-463.
- BELCREDI M., *La questione del ruolo «specifico» degli indipendenti nei sistemi di governance*, in BIANCHINI M., DI NOIA C., (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 67-82.
- BELTRATTIA, STULZ R., *Why Did Some Banks Perform Better during the Credit Crisis? A Cross-Country Study of the Impact of Governance and Regulation*, in *ECGI Finance Working Paper*, 2009, n.254, pp. 1-38.
- BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle società*, 2/2019, pp. 413-452.
- BERNARDI D., RIVA P., *Analisi delle varie sovrapposizioni tra le aree oggetto di controllo*, in RIVA P. (a cura di), *Ruoli di Corporate Governance. Adeguati assetti e sostenibilità*, Milano, Egea, 2023, pp. 353-367.
- BEVIVINO V., *Il prossimo cambio di paradigma del governo delle banche: annotazioni del diritto francese e idee statunitensi sul fit and proper degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, p. 273-311.
- BIANCHINI M., DI NOIA C., (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010.
- BIANCHINI M., DI NOIA C., *Il reticolo dei controlli societari: lo stato dell'arte*, in BIANCHINI M., DI NOIA C., (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 1-30.
- BISIGNANO V., *L'adeguatezza degli assetti nelle imprese bancarie. Specificità di settore e responsabilità gestoria.*, [Tesi di dottorato], Palermo: Università degli studi di Palermo, 2018.
- BLACK J., *The role of risk in regulatory process*, in *The Oxford handbook of regulation*, edited by BALDWIN R., LODGE M., New York, USA, 2010, pp.302-448.
- BOCCUZZI G., *La funzione di compliance: il presidio dei rischi aziendali e l'evoluzione della normativa Basilea 2 e Mifid*, in *Bancaria*, 2/2008, pp. 33 ss.

- BONELLI F., *Gli amministratori di S.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, UTET, 2013.
- BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche*, Bologna, il Mulino, 2020.
- BRESCIA MORRA C., *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 73-90.
- BRESCIA MORRA C., MORERA U., NUZZO A., *Banche e "banchieri". Pesi e contrappesi nella gestione delle banche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2004, pp. 3-9.
- BRIOLINI F., *Commento sub art. 2392 c.c.*, in *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, diretto da ABBADESSA P. E PORTALE G.B., I, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 1393-1394.
- BROGI M., *Corporate governance bancaria e sana e prudente gestione*, in *Banca Impresa Società*, 2/2010, pp. 283-308.
- BUONOCORE V., *La responsabilità da inadeguatezza organizzativa e l'art 6 del d.lgs. 231/2001*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2009, n.2, pp. 178-183.
- BUSSO M., MACRÌ L., *Il Collegio Sindacale e il Comitato Controllo e Rischi nelle società quotate: il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi anche alla luce del nuovo Codice di Corporate Governance*, in *Rivista Corporate Governance*, 3/2021, pp. 353-367.
- CALANDRA BUONAURA V., *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle Disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 19-37.
- CALDERAZZI R., *La sostenibilità nell'impresa bancaria*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, 4s/2022, n.1, pp. 168-192.
- CALDERAZZI R., *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2019, pp. 261-278.
- CALDERAZZI R., *Il sistema di controllo interno delle banche nella prospettiva della tutela dei risparmiatori*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2019, pp. 272-293.
- CALVOSA L., MARIANI G., ANTONINO A., *Composizione e attività svolte dal comitato controllo e rischi. Analisi del contributo alla creazione di valore per le aziende*, in GRECO G., MARCHI L. (a cura di), *Nuove prospettive su governance, audit, risk e performance management*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 159-208.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale: 2, Diritto delle società*, Torino, Utet, 2020.

CARDI M., *Ricapitalizzazioni e garanzie nelle crisi bancarie. Profili istituzionali e gestionali del caso italiano*, Giappichelli, Torino, 2017.

CASALE F., *Appunti sull'attualità del codice di commercio nel diritto societario degli anni Duemila*, in *La codificazione nell'Italia postunitaria 1865-2015*, Atti del workshop di Camerino del 29 ottobre 2015 a cura di FAVALE R., LATINI C., pp. 223-236.

CASELLI G., *Elogio, con riserve, del collegio sindacale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2003, pp. 251-266.

CASSETTI L., *Articolo 41*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E. (a cura di) *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 267-272.

CERA M., *Il buon governo delle banche tra autonomia privata e vigilanze pubbliche*, in *Rivista delle società*, 5/2015 pp. 947-956.

CERVELLARA E., *Cenni storici sull'istituto dei sindaci*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1981, p. 664 ss.

CHIAPPETTA F., *Il sistema di controllo interno tra compliance normativa e attività gestionale*, in *Rivista di diritto societario*, 3/2013, pp. 554-561.

CHIMIENTI M.T., KOCHANSKA U., PINNA A., *Understanding the crypto-asset phenomenon, its risks and measurement issues*, ECB, *Economic Bulletin*, Issue 5/2019.

CHIU I. H-Y., *Regulating (From) the Inside. The Legal Framework for Internal Control in Banks and Financial Institutions*, Hart Publishing, London, 2015.

CICCHINELLI S., *Deleghe e responsabilità nell'impresa bancaria*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale, Rivista semestrale* 1/2017, pp. 91-132.

CICCHINELLI S., *Commento sub articolo 53*, in COSTA C., *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 545 ss.

CLARICH M., *La disciplina del settore bancario in Italia: dalla legge del 1936 all'Unione bancaria europea*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2019, pp. 32-49.

CLEMENTE C., LA ROCCA L., *Commento sub articolo 53*, in CAPRIGLIONE F. (diretto da), PELLEGRINI M., SEPE M., TROIANO V. (con la collaborazione di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, CEDAM, 2018, pp. 605 ss.

COLAJANNIN., *Storia della banca in Italia da Cavour a Ciampi*, Roma, Newton Compton Editori, 1995.

- COLOMBO G.E., PORTALE G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1988.
- COLONNA F., *La comunicazione congiunta Banca d'Italia-Consob in materia di ripartizione delle competenze tra compliance e internal audit nella prestazione dei servizi di investimento e di gestione collettiva del risparmio*, in *Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2011, pp. 155-160.
- COSSU F., *Collegio sindacale ed obblighi di garanzia nelle s.r.l.*, Milano, 2013.
- CREMONA B.M., *L'adozione del sistema monistico nel contesto bancario italiano: riflessioni statutarie e primo bilancio*, in *Rivista di diritto societario*, 2/2020, pp. 507-554.
- CREMONA B.M., *La funzione di controllo e il comitato per il controllo sulla gestione nelle società bancarie monistiche*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2020, pp. 651-687.
- D'AMATO A., Giannizzari R., *L'inefficacia del controllo del collegio sindacale. Una evidenza empirica dal settore bancario italiano*, in *Banca impresa società*, 2/2014, pp. 225-262.
- DAO M., PHAM T., XU H., *Internal governance and internal control material weaknesses*, in *Wiley*, 2023, pp. 1-26.
- DE BIASI P., *La rimozione in via amministrativa degli esponenti aziendali: una anomalia del settore bancario o una crepa nel sistema?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2016, pp. 69-88.
- DE NICOLA A., *Il diritto dei controlli societari*, Torino, Giappichelli, 2023.
- DE POLI M., *Amministratori non esecutivi di banca e violazione del dovere di agire in modo informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2022, pp. 446-465.
- DE POLI M., *"De iure belli", ovvero, dell'obbligo di agire informato degli amministratori non esecutivi di banca*, in *Le Società*, 2/2019, pp. 188-192.
- DE PRA A., *Il nuovo governo societario delle banche*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 3/2015, pp. 525-613.
- DE SENSI V., *Adeguati assetti e business judgement rule*, in *Diritto della crisi*, saggio del 16 aprile 2021, pp. 1-32.

DOLMETTA A., *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2/2012, n.1, pp. 125-140.

DONATO L., *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Dalla legge bancaria al single Supervisory Mechanism*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della banca d'Italia*, 2014, pp. 93-119.

FERRARINI G., *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 49-65.

FERRARINI G., *Ruolo degli amministratori indipendenti e Lead Independent Director*, 2006, pubblicato su researchgate.net.

FERRO-LUZZI P., *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 115-139.

FORTUNATO S., *Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi*, in *Rivista delle società*, 2-3/2015, pp. 253-271.

FORTUNATO S., *Il contributo della funzione di Internal Audit alla gestione di impresa*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2006, n. 6, pp. 1295-1307.

GALLIL., *Efficienza e legittimazione delle istituzioni pubbliche: il caso del SRB*, in *Rivista di diritto bancario*, 2/2016, pp. 133-153.

GENTILI M.P., NAVA O., *L'evoluzione dei comitati endo-consiliari nella corporate governance*, in *FCHUB*, 03/06/2017, pp. 1-7.

GHILARDI M. *I principi di corretta amministrazione e di adeguatezza dell'assetto organizzativo e i doveri di vigilanza dei sindaci di banche sul sistema dei controlli interni*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 4/2, 2020, pp. 586-602.

GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, CEDAM, Padova, 1939, p. 707 ss.

GIOVANDO G., *Vigilanza bancaria dagli aspetti tradizionali ai nuovi orientamenti ESG*, Torino, Giappichelli, 2023.

GRECO G.L., MARCHI L. (a cura di), *Nuove prospettive su governance, audit, risk e performance management*, Giappichelli, Torino, 2019.

GRECO G.L., *La compliance nelle attività e nei servizi bancari: problemi aperti*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 4/2009, pp. 633-665.

HOPT K.J., *Better Governance of Financial Institutions*, *ECGI Law Working Paper*, No. 207, 2013, pp. 1-65.

HOUBEN M., *Due questioni in materia di controlli interni nelle società bancarie: funzioni aziendali di controllo interno e persistenza dei doveri di controllo dei sindaci; declinazione variabile del dovere di agire in modo informato degli amministratori non esecutivi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2/2023, pp. 225-239.

HOUBEN M., *La distribuzione della responsabilità nei consigli di amministrazione con comitati interni investiti di funzioni istruttorie, propositive e consultive*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 3/2022, pp. 439-472.

HOUBEN M., *Il dovere di agire in modo informato degli amministratori non esecutivi delle banche*, in *Banca Impresa Società*, 2/2018, pp. 263-292.

IRRERA M., *Assetti organizzativi e sistema monistico*, in *Giurisprudenza commerciale*, 3/2015, pp. 526-537.

IRRERA M., *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella “governance” delle banche*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 6/2015, pp. 7-17.

LAGHI E., *La relazione logica e funzionale tra i due tipi di controllo*, BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 151-170.

LATELLA D., *Sistema dei controlli interni e organizzazione della società per azioni*, Torino, Giappichelli, 2018.

LEMMA V., *Quali orizzonti per la “corporate governance”? (Spunti di riflessione dal libro “Metamorfosi della governance bancaria” e dal nuovo regolamento della Banca d’Italia in materia di governo societario del 5 dicembre 2019)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell’Economia*, 1/2020, pp. 103-113.

LENER R., LUCANTONI P., *Sostenibilità “ESG” e attività bancaria*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1/2023, pp. 6-21.

LENER R., *Comitati interni e consiglieri “non sorveglianti”*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2/2007, pp. 369-379.

LIBONATI B., *Conclusioni*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 197-201.

LOPREIATO S., *Le autorità di vigilanza di fronte alla «governance» dualistica delle banche*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2/2007, pp. 491-510.

LUBERTI M., *Secondo e terzo pilastro dell’accordo Basilea: un’opportunità di cambiamento per il sistema di vigilanza bancaria in Italia*, in *Banca impresa società*, 2/2007, pp. 259-282.

LUCANTONI P., *Il collegio sindacale nelle banche. L’attività di controllo e il raccordo funzionale con la Banca d’Italia*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2/2002, pt. 1, pp. 166-195.

LUCCHINI S., ZOPPINI A., *Vigilare le banche in Europa. Chi controlla il controllore?*, Firenze, Passigli, 2019.

MAGLIARIA A., *L’applicazione del diritto nazionale da parte della BCE: i nodi vengono al pettine*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2023, pp. 213-223.

MAIMERI F., *I controlli interni e la responsabilità amministrativa della banca per i reati dei suoi dipendenti*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2/2004, pp. 421-436.

MAIMERI F., *Controlli interni delle banche tra regolamentazione di vigilanza e modelli di organizzazione aziendale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n.1, 7-10/2002, pp. 609-633.

MANFRELLOTTI F., *Articolo 47*, in CLEMENTI F., CUOCOLO L., ROSA F., VIGEVANI G.E. (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 299-302.

MARCHETTI P., *Tanto tuonò che piovve. Intesa Sanpaolo e il monistico*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1/2016, pp. 9-22.

MARCHETTI P., *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/1995, pp. 101-113.

MAYO C., SICLARI D., *Banking corporate governance and non-executive independent directors after the crisis: the case of Italy*, in *Law and Economics Yearly Review*, 2012, Vol. 1, II, pp. 445-470.

- MERUZZI G., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, CEDAM, 2013.
- MIRONE A., *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca impresa società*, 1/2017, pp. 33-80.
- MINTO A., *Il sistema dei controlli interni delle banche e la gestione del rischio di riciclaggio*, Milano, CEDAM, 2023.
- MINTO A., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, n.2, 1/2015, pp. 27-52.
- MINTO A. *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, CEDAM, 2012.
- MONDINI P.F., *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla "corporate governance" e sul sistema dei controlli interni*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 39-51.
- MONTALENTI P., *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: tra Codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 6/2015, pp. 707-739.
- MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli societari: un quadro di insieme*, in *Giurisprudenza italiana*, 10/2013, pp. 2175-2181.
- MONTALENTI P., *Sistemi di controllo interno e "corporate governance": dalla tutela delle minoranze alla tutela della correttezza gestoria*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n.1, 2/2012, pp. 243-268.
- MONTALENTI P., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 5/2011, pp. 535-552.
- MONTALENTI P., *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n.1, 4/2010, pp.935-948.
- MOSCO G.D., *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella Mifid*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MIFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, DE MARI M. (a cura di), Padova, CEDAM, 2009, pp. 31-46.
- MOSCO G.D., *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2006, pp. 33-46.

MOSCO G.D., FELICETTI R., *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2022, pp. 185-211.

MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Doveri e responsabilità di amministratori e sindaci di società di capitali*, in *Rivista di diritto societario*, 1/2019, pp. 117-149.

MOSCO G.D., LOPREIATO S., *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1/2009, pp. 89-103.

MOSCO G.D., VELLA F., *L'autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la "governance"?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2004, pp. 139-152.

MOSCO G.D., *Commenti sub artt. 2380 a 2389*, in AA.AV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI G. e STAGNO D'ALCONTRES A., *cit*, vol II, pp. 579 ss, Jovene, Napoli, 2004.

NGUYEN X: *Silicon Valley Bank: The Rise and Fall of a Community Bank for Tech*, 1st ed., Cambridge University Press, 2024.

PALEGO C., *Il Chief Risk Officer e la nuova disciplina prudenziale sul Sistema dei controlli interni delle banche*, in *Bancaria*, 7-8/2013, pp. 79-85.

PALMA G., *Il sistema dei controlli interni. L'incarico al collegio sindacale di organismo di vigilanza (documento della Banca d'Italia per la consultazione)*, in *Il Controllo nelle società e negli enti*, 6/2012, pp. 785-800.

PARMEGGIANI F., *Il collegio sindacale e il comitato per il controllo interno: una convivenza possibile?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2009, pp. 306-334.

PASSALACQUA M., *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, CEDAM, Padova, 2012.

PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nell'ambito del nuovo codice di autodisciplina*, in *Il nuovo diritto delle società*, 6/2022, pp. 1023-1049.

PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle società per azioni bancarie*, Milano, Giappichelli, 2018.

PEDERSOLI E., *Il collegio sindacale nelle banche*, [Tesi di dottorato], Milano: Università degli studi di Milano, 2013.

PEGGI E., *La vigilanza del collegio sindacale nelle società quotate e i rapporti con il comitato di controllo interno*, in *Giurisprudenza commerciale*, 4/2021, pp. 883-903.

PEZZULLI B., *La caduta dei Titani (bancari): storia idiosincratica o rischio sistemico?*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, maggio 2023, pp. 106-134.

PORTALE G.B., *La "Corporate governance" delle società bancarie*, in *Rivista delle società*, 1/2016, pp. 48-63.

PORZIO M. *La sana e prudente gestione*, in AA.VV. *Studi per Franco Di Sabato*, Napoli, 2009, I, p. 683 ss.

PRESTI G., *Di cosa parliamo quando parliamo di controllo?*, in BIANCHINI M., DI NOIA C. (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, Egea, 2010, pp. 141-147.

PRESTI G., MACCABRUNI F.M., *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2003, pp. 97-114.

PRESTI G., *Le raccomandazioni Consob nella cornice della corporate governance*, in *Riv. soc.*, 1997, pp. 739-752.

RESCIO G.A., *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 6/2008, pp.730-745.

RIGANTI F., *Rassegna di giurisprudenza – Società per azioni Responsabilità degli amministratori*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2023, pp. 177-207.

RIGANTI F., *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile: principi e problemi*, in, *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2022, pp. 315-326.

RIGANTI F., *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2019.

RIGANTI F., *Il controllo interno nelle banche tra collegio sindacale e funzioni aziendali*, in *Giurisprudenza commerciale*, volume 46, 6/2019, pp. 1447-1454.

RIGANTI F., *Appunti sul ruolo degli amministratori privi di delega nelle banche*, in *Banca Impresa Società*, 3/2017, pp. 431-470.

RIGANTI F., *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2/2015, pp. 304-326.

RIGOTTI M., *Il collegio sindacale nella governance della società per azioni*, in AA.VV., *Scritti giuridici per Piergaetano Marchetti*, Milano, 2011.

SANGUINETTI A., *Rischio di riciclaggio- Controlli interni, assetti organizzativi, compiti e responsabilità del Collegio sindacale negli intermediari finanziari*, in *Il Controllo nelle società e negli enti*, 2/2010, pp. 183-200.

SCARPA D., *La delega nella S.P.A.: principi e finzioni*, in CEDON P. (serie a cura di), *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 2010.

SCHWIZER P., *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca impresa società*, 1/2015, pp. 7-18.

SCIARRONE ALIBRANDI A., FRIGENI C., *Managing Conduct Risk: From Rules to Culture*, in BUSCH D., FERRARINI G., VAN SOLINGE G., (a cura di), *Governance of Financial Institutions*, Oxford University Press, United Kingdom, 2019, pp. 468-488.

SCOTTI CAMUZZI S., *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n.1, 2/2014, pp. 147-180.

SERAFIN G., LAURO A., *La governance delle banche. Funzioni, competenze, flussi informativi e responsabilità nel sistema di governance tradizionale*, in *L'esperienza Uni4Justice e le prospettive future*, la ricerca del team di Ca'Foscari, CAMPOSTRINI S., SENIGAGLIA R. (a cura di), 2023, pp. 149-207.

SRAFFA A., *I "così detti" sindaci delle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 863.

STELLA RICHTER M. jr., *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari.*, in *Rivista delle società*, 2/2018, pp. 319-334.

STELLA RICHTER M. jr., *Il comitato controllo e rischi, già comitato per il controllo interno*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1/2012, pp. 59-72.

STELLA RICHTER M., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Rivista delle società*, 12/2012, pp. 663-676.

TARANTOLA A.M., *Il ruolo del risk management per un efficace presidio dei rischi: la lezione della crisi*, per CommunityCib-SDA Bocconi, intervento del 10 novembre 2011 a

Milano, reperibile all'indirizzo <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2011/Tarantola-101111.pdf>.

TARANTOLA A.M., *La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, Milano, Workshop CETIF, 2007.

TISCIONE G., *Esercizio del credito e delega "esterna" nella società bancaria*, [Tesi di dottorato], Roma, Università L.U.I.S.S. Guido Carli, 2008.

TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1/2017, pp. 1-37.

TOMASIT., *Sistema dei controlli interni e responsabilità della banca (11° aggiornamento 21 luglio 2015 della Circ. 17 dicembre 2013, n.285)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 5/2017, pp. 1062-1098.

TOMBARI U. (a cura di), *Corporate governance e "sistema dei controlli" nelle S.p.a.*, Torino, Giappichelli, 2013.

TREQUATTRINI G., *Origini e sviluppo dell'internal auditing in Banca d'Italia: nuovi rischi e prospettive*, intervento al *Seminario del Servizio Revisione interna*, Centro convegni Carlo Azeglio Ciampi, Roma, 23 novembre 2022.

VALENSISE P., *Il "nuovo" collegio sindacale nel progetto italiano di corporate governance*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 207.

VAN SETTEN L., *Risk, Risk Management, and Internal Controls*, in BUSH D., FERRARINI G., VAN SOLINGE G. (a cura di), *Governance of Financial Institutions*, Oxford University Press, United Kingdom, 2019.

VELLA F., *Il rischio: questo sconosciuto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2009, pp. 161-178.

VELLA F., *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giurisprudenza commerciale*, n.1, 6/2008, pp. 1276-1296.

VENANZI D., *La corporate governance delle banche italiane: è tutto oro quello che luccica?*, in *Moneta e Credito*, vol. 76, 302/2023, pp. 113-132.

VENTURINI G.E., *Evoluzione e tendenze in atto nei board delle banche*, in *Banca Impresa Società*, 2/2019, pp. 250-258.

VESE D., *“A Game of Thrones”*: ruolo e poteri dell’*autorità bancaria europea alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto bancario*, 1/2023, pp.1-69.

VESE D., *Unione bancaria e cooperazione nell’era delle crisi. Alla ricerca di un modello giuridico-organizzativo della “governance” multilivello*, in *Rivista trimestrale di diritto dell’economia*, n.1, 4s/2022, pp. 277-326.

VICARIA., *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, 4/2018, pp. 557-579.

ZOU I., *On the Role of Internal Audit in Corporate Governance*, in *American Journal of Industrial and Business Management*, Vol. 9, No. 1, January 2019.