

direzione di

Michele Vietti

La governance
nelle società di capitali

A dieci anni dalla riforma

Coordinamento scientifico
Piergaetano Marchetti
Daniele U. Santosuosso

mento delle masse patrimoniali ⁽²⁵⁰⁾. Il che allontanerebbe questa forma di responsabilità da quella sociale e l'avvicinerebbe a quella verso i creditori ⁽²⁵¹⁾.

11. Il ruolo del collegio sindacale nella governance del nuovo millennio

di NICCOLÒ ABRIANI

SOMMARIO:

11.1. Corretta amministrazione e adeguatezza del sistema di controllo interno – 11.2. Il sistema “policentrico” dei controlli: molti protagonisti in cerca di un coordinatore – 11.3. L’organo di controllo interno come supervisore e catalizzatore del sistema dei controlli – 11.4. Collegio sindacale e «comitato per il controllo interno e la revisione contabile» di cui all’art. 19 del d.lgs. 39/2010 – 11.5. Collegio sindacale e comitato controllo e rischi nelle società quotate – 11.6. Valutazione e vigilanza sul sistema di controllo interno nei diversi modelli di amministrazione e controllo – 11.7. Convergenza funzionale e permanente distinzione di ruoli (e responsabilità) tra gli organi di amministrazione e controllo – 11.8. (*Segue*) Nuovi compiti e responsabilità del collegio sindacale – 11.9. Ancora sul rapporto tra collegio sindacale e comitato controllo e rischi – 11.10. Collegio sindacale e comitato per le operazioni con parti correlate – 11.11. Collegio sindacale e organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001 – 11.12. Conclusioni e prospettive

11.1. Corretta amministrazione e adeguatezza del sistema di controllo interno

La funzione centrale rivestita dal sistema dei controlli societari nella *governance* delle grandi imprese azionarie – che rappresenta un dato ormai acquisito nei principali ordinamenti capitalistici – è stata plasticamente scolpita anche dalla più recente stagione normativa, primaria e secondaria, del nostro diritto societario.

Se si volge lo sguardo al passato si deve tuttavia constatare che sino a dieci anni or sono l’«adeguatezza della struttura organizzativa» e del «sistema di controllo interno» era evocata da una sola disposizione, di recente (allora) introduzione e riferita alle sole società quotate.

Il richiamo è naturalmente all’art. 149, comma 1, lett. b), del d.lgs. 58/1998 (TUF), che includeva (e tuttora include) tra i doveri del collegio sindacale la vigilanza sull’adeguatezza della struttura organizzativa, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo contabile ⁽¹⁾. Sottratto così al limbo della regolamentazione

⁽¹⁾ In argomento, per tutti, G. CAVALLI, *Commento all’art. 149*, in *Commentario Campobasso*, 2002, p. 1239 ss.; F. CORSI, *Il collegio sindacale*, in AA.VV., *La riforma delle società quotate* (Atti del Convegno di Santa Margherita Ligure, 13–14 giugno 1998), Milano, 1998, p. 219 ss.; S. FORTUNATO, *Commento all’art. 149*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, vol. II, Padova, 1998, p. 1381 ss.

⁽²⁵⁰⁾ G. GUIZZI, *Mala gestio*, cit., p. 403.

⁽²⁵¹⁾ G. GIANNELLI, *Commento agli artt. 155–156*, cit., p. 337.

secondaria del settore bancario e finanziario, cui era rimasto sino ad allora relegato, il principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi interni dell'impresa è poi assurdo, con la riforma del diritto societario del 2003, ad autentico "architrave" della *governance* delle società per azioni ⁽²⁾.

Tale approdo trova la sua consacrazione normativa negli artt. 2381 e 2403 c.c., il primo dei quali impone agli organi delegati di predisporre («curare») assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato a sua volta a *valutare* la stessa adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute (unitamente ai piani strategici, quando elaborati, e al generale andamento della gestione: così il comma 3); a quest'obbligo di valutazione si affianca il dovere dei sindaci di *vigilare*, ai sensi dell'art. 2403 c.c., «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile

⁽²⁾ Sul punto si veda, *ex multis*, V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, n. 1, p. 5 ss.; R. RORDORF, *La società per azioni dopo la riforma: il sistema dei controlli*, in *Foro it.*, 2003, V, p. 184 ss.; P. MARCHETTI, *Il potere decisionale gestorio nella s.p.a.*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di G. Cian, Padova, 2004, p. 469 ss.; P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, p. 245 ss.; B. LIBONATI, *Noterelle a margine dei nuovi sistemi di amministrazione delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 294 ss.; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 232 ss.; G. FERRI jr., *Brevi osservazioni in tema di impresa e società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, I, p. 542 ss.; M. BIANCHINI – C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari*, Milano, 2010, p. 129 ss.; A. DE NICOLA, *Il diritto dei controlli societari*, Milano, 2010; P. MONTALENTI, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in N. ABRIANI – S. AMBROSINI – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato Cottino*, 2010, vol. IV, tomo 1, p. 629 ss.; Id., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, p. 535 ss.; Id., *Società per azioni, Corporate governance, mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 114 ss. Di quest'ultimo Autore, si veda, da ultimo, l'efficace quadro di sintesi e le prospettive *de iure condendo* in *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 42 ss.; G. OLIVIERI, *Appunti sul sistema di controllo nelle società per azioni «chiuse»*, in *Il diritto delle società oggi. Scritti in onore di G. Zanarone*, Torino, 2011, p. 515 ss.; P. BENAZZO, *Controlli interni, autonomia privata e collegio sindacale nelle società chiuse*, *ivi*, p. 381 ss. Con particolare riguardo alla nuova disciplina del collegio sindacale si veda G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 3, 2007, p. 58 ss.; G. DOMENICHINI, *Commento all'art. 2403*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, vol. II, 2004, p. 748 ss.; S. AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in *Trattato Cottino*, 2010, vol. IV, tomo 1, p. 704 ss., nonché i contributi raccolti in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, Milano, 2007, p. 9 ss.

adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» ⁽³⁾. In quest'ultima disposizione risiede una delle principali novità della riforma, che va colta non solo e non tanto nell'enunciazione del dovere degli amministratori di dotare la società di una struttura organizzativa adeguata (già riconducibile al generale obbligo di diligente amministrazione), bensì nella collocazione sistematica di tale obbligo *al vertice dei principi di corretta amministrazione* e nell'attribuzione dello stesso *ex lege* agli organi delegati, con conseguente (almeno, tendenziale) arretramento del ruolo del consiglio, nel suo *plenum*, a una *valutazione* degli assetti dai primi predisposti.

Tale evoluzione si ricollega del resto a un più generale rafforzamento del rapporto tra profilo societario e imprenditoriale, che costituisce uno degli obiettivi dichiarati della riforma e che si riflette, sul piano dello stesso lessico normativo, nell'inedita ricorrenza del termine «impresa», un tempo sostanzialmente estraneo alla disciplina delle società e ora variamente declinato in numerose disposizioni novellate ⁽⁴⁾. Ed è in questo ambito che si iscrive la sensibile valorizzazione del fenomeno organizzativo della società – immanente, del resto, alle nozioni postulate dagli artt. 2082 e 2555 c.c., rispettivamente per l'attività d'impresa in forma societaria e per il complesso aziendale (o i complessi aziendali) di cui l'ente è titolare – destinata ad assumere una più spiccata connotazione nel tipo società per azioni, che nel nuovo contesto normativo viene eminentemente in rilievo quale «organizzazione dell'esercizio, della responsabilità e del finanziamento dell'impresa» ⁽⁵⁾.

Il combinato disposto degli artt. 2381 e 2403 c.c. vale altresì a chiarire che l'adeguatezza degli assetti di organizzazione, da cui dipende il raggiungimento della correttezza dell'amministrazione, è un parametro inevitabilmente relativo, destinato a variare in considerazione della tipologia dell'attività esercitata, della dimensione dell'impresa e dell'articolazione della struttura finanziaria della società. Ciò comporta, com'è stato felicemente posto in rilievo, che gli amministratori dovranno approntare tutti i sistemi necessari ad assicurare che ogni fase della vita sociale, sia essa attinente al momento decisionale o a quello esecutivo, risulti adeguatamente strutturata al fine di far sì che il risultato prodotto corrisponda ad un parametro di amministrazione ritenuto corretto: da un lato, gli amministratori dovranno curare la predisposizione di un sistema organizzativo adeguato in ogni area dell'attività azien-

⁽³⁾ E si veda ancora P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 44 ss.

⁽⁴⁾ Si pensi, oltre al ricordato art. 2381 c.c., al principio enunciato dall'art. 2380-bis c.c. e ai corrispondenti precetti di cui agli artt. 2409-novies e 2409-septiesdecies c.c., alla disciplina della liquidazione e, soprattutto, dell'attività di direzione e coordinamento di società, sulla quale si veda, per tutti, U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010.

⁽⁵⁾ P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma*, vol. I: *La società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 673 ss.

dale (organizzazione, amministrazione e contabilità), che consenta, in quanto tale, di gestire la società secondo canoni di corretta amministrazione; dall'altro, l'organo di controllo interno dovrà vigilare l'adeguatezza dei sistemi introdotti, verificandone il corretto funzionamento ⁽⁶⁾.

Ulteriori riconoscimenti normativi di questa impostazione si possono rinvenire nel nuovo testo dell'art. 2428 c.c., che, nella versione introdotta dal d.lgs. 32/2007, impone agli amministratori di indicare, nella loro relazione al bilancio di esercizio, anche «i principali rischi e incertezze cui la società è esposta», precisando altresì – «in relazione all'uso da parte della società di strumenti finanziari», se rilevanti per la valutazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico dell'esercizio – «le politiche della società in materia di gestione del rischio finanziario, compresa la politica di copertura per ciascuna principale categoria di operazioni previste» e «l'esposizione della società al rischio di prezzo, al rischio di credito, al rischio di liquidità e al rischio di variazione dei flussi finanziari». Ma si pensi anche, per le società quotate, alla disciplina del preposto al controllo interno (art. 150, comma 4, TUF) e, soprattutto, del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, il fulcro dei cui compiti viene individuato dall'art. 154-bis TUF nella predisposizione delle «procedure amministrative e contabili» per la formazione del bilancio di esercizio, dell'eventuale bilancio consolidato e di ogni altra comunicazione di carattere finanziario, in tal modo proiettando la figura nella sfera gravitazionale dell'art. 2381 c.c. ⁽⁷⁾.

Un rafforzamento dei presidi organizzativi e procedurali, segnatamente sul fronte del sistema dei controlli interni, è infine imposto dalla disciplina delle imprese operanti in settori vigilati. Il riferimento è in primo luogo alle società assicurative autorizzate all'esercizio dei rami vita o dei rami danni, che ai sensi del Codice delle assicurazioni private devono operare «con un'idonea organizzazione amministrativa e contabile e con un adeguato sistema di controllo interno», il quale deve contemplare, in particolare, «procedure atte a far sì che i sistemi di monitoraggio dei rischi siano correttamente integrati nell'organizzazione aziendale e che siano prese tutte le misure necessarie a garantire la coerenza dei sistemi posti in essere al fine di consentire la quantificazione e il controllo dei rischi» ⁽⁸⁾.

Stringenti doveri di predisposizione di assetti organizzativi e procedurali sono inoltre stabiliti per le società bancarie da una pluralità di fonti primarie e regolamen-

tari che si è andata progressivamente arricchendo nel corso di questi ultimi anni. Già le Istruzioni di vigilanza per le banche della Banca d'Italia contenevano un apposito capitolo dedicato al «Sistema dei controlli interni, compiti del collegio sindacale», nel quale veniva nitidamente scolpita la centralità del sistema di controllo interno ed è ancor più chiaramente additato come obiettivo principale dello stesso la capacità di assicurare il rispetto della legge, considerata come una delle condizioni essenziali per la «competitività della banca, la sua stabilità di medio e lungo periodo, la possibilità stessa che sia garantita una gestione sana e prudente» ⁽⁹⁾.

L'essenzialità della funzione di *compliance* trova ulteriore conferma nella direttiva 73/2006 ⁽¹⁰⁾, nelle Disposizioni di vigilanza sulla funzione di conformità nelle banche, emanate dalla Banca d'Italia il 10 luglio 2007 e ancora nelle Disposizioni della Banca d'Italia sulla governance delle società bancarie del 4 marzo 2008, che affidano agli organi di controllo interno la responsabilità di vigilare sulla «funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni» e di accertare l'efficacia e l'adeguato coordinamento di tutte le funzioni e le strutture aziendali coinvolte in tale sistema ⁽¹¹⁾.

In questa direzione si iscrivono anche le più recenti Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa, poste in consultazione dalla Banca d'Italia nel settembre del 2012, ed entrate in vigore nella versione definitiva il 3 luglio 2013, ove si ravvisa icasticamente il principale dovere – e responsabilità – dell'organo di controllo nella «vigil[anza] sulla completezza, funzionalità e adeguatezza del sistema dei controlli interni», nonché del «sistema degli obiettivi di rischio» (*risk appetite framework* – RAF) ⁽¹²⁾.

La disciplina secondaria si colloca peraltro in un inedito quadro di sempre più incisivi interventi sui doveri degli intermediari abilitati all'esercizio dei servizi di investimento, in ordine alla prevenzione e gestione del rischio di inosservanza di leggi e regolamenti, operati da organismi internazionali (documenti del Comitato di Basilea e della IOSCO), dalla disciplina comunitaria (direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, per

⁽⁹⁾ Banca d'Italia, Istruzioni di vigilanza per le banche, titolo IV, capitolo 11, 1.

⁽¹⁰⁾ E nel regolamento congiunto del 29 ottobre 2006, emanato da Banca d'Italia e Consob.

⁽¹¹⁾ Sul punto si veda più ampiamente *infra*, § 11.3.

⁽¹²⁾ Banca d'Italia, Documento per la consultazione, Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa (settembre 2012). La versione definitiva delle Disposizioni, inserite ora all'interno del Titolo V della circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 «Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche», di cui costituiscono ora i nuovi capitoli 7 («Il sistema dei controlli interni»), 8 («Il sistema informativo») e 9 («La continuità operativa») le Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche (capitoli 7, 8 e 9) è stata emanata mentre il presente lavoro era in fase di bozza: il testo (consultabile sul sito della Banca d'Italia, all'indirizzo: www.bancaditalia.it/vigilanza/banche/normativa/disposizioni/vigprud), nei punti che qui interessano sostanzialmente corrispondente al Documento posto in consultazione, è entrato in vigore il 3 luglio 2013 ed è destinato ad essere recepito dalle banche entro il 1° luglio 2014.

⁽⁶⁾ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA.VV., *Diritto delle società, Manuale breve*, Milano, 2012, p. 213 ss. In argomento si veda, per tutti, M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005.

⁽⁷⁾ D. SANTOSUOSSO, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nell'organizzazione delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 3, p. 139 ss.

⁽⁸⁾ Così l'art. 30 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. «Codice delle assicurazioni private»).

le banche, e direttive MIFID, per i servizi di investimento) e, in prevalente attuazione di quest'ultima, dal legislatore nazionale (d.l. 297/2006 e d.lgs. 164/2007).

In quest'ultimo ambito meritano di essere richiamate le disposizioni del Testo unico della finanza, che prevedono l'emanazione di un regolamento di Banca d'Italia e Consob volto a disciplinare congiuntamente, tra l'altro, i requisiti generali di organizzazione, l'organizzazione amministrativa e contabile, compresa l'istituzione della funzione di controllo della conformità alle norme, la gestione del rischio dell'impresa e l'*audit* interno, nonché procedure, anche di controllo interno, per la percezione o corresponsione di incentivi⁽¹³⁾.

Va infine ricordato che, sul piano autoregolamentare, il sistema di controllo e la sua efficiente predisposizione costituiscono uno degli aspetti cruciali sui quali interviene il Codice di autodisciplina delle società quotate, al quale si deve, tra l'altro, la più compiuta definizione del «sistema di controllo interno e gestione dei rischi», di cui ogni emittente deve dotarsi, che viene concepito, sul piano strutturale, come «l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi»⁽¹⁴⁾.

In particolare, la nuova versione del Codice, emanata nel dicembre del 2011, sottolinea il rilievo assunto da «un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» quale indefettibile presupposto di «una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione, favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli», soggiungendo che «[e]sso concorre ad assicurare la salvaguardia del patrimonio sociale, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti nonché dello statuto sociale e delle procedure interne»⁽¹⁵⁾.

In questa prospettiva è dato cogliere il comune denominatore e la convergente finalità ispiratrice sottesi ai diversi interventi sin qui richiamati, i quali rappresentano, come ha rilevato uno dei più autorevoli componenti della Commissione per la riforma del diritto societario, «esempi, momenti, di uno stesso fenomeno e problema di fondo: il corretto esercizio di un potere, svolgimento di una funzione di tutela

⁽¹³⁾ Così l'art. 6, comma 2-bis, sulla base del quale è stato emanato il regolamento congiunto Banca d'Italia-Consob del 29 ottobre 2007; e si veda anche l'art. 5, il quale impone una regolamentazione congiunta in ordine all'organizzazione amministrativa e contabile, all'istituzione della funzione di conformità alle norme della MIFID, alla gestione dei rischi di impresa e l'*audit* interno.

⁽¹⁴⁾ Codice di autodisciplina di Borsa Italiana (2011), nel Principio 7.P.1 che apre l'art. 7, intitolato e interamente dedicato al controllo interno.

⁽¹⁵⁾ Così ancora l'art. 7 Codice di autodisciplina di Borsa Italiana (2011), Principio 7.P.2. La stessa norma ha cura di sottolineare l'esigenza di continui affinamenti, integrazioni e messe a punto del sistema, precisando che esso «è integrato nei più generali assetti organizzativi e di governo societario adottati dall'emittente e tiene in adeguata considerazione i modelli di riferimento e le *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale».

di interessi altrui, o anche altrui»; ed è a presidio dell'efficiente e corretto esercizio di tale potere che «vengono inseriti nella organizzazione societaria uffici, funzioni, principi di comportamento e regole di controllo; tutti *procedimenti* per garantire un corretto esercizio dell'impresa societaria»⁽¹⁶⁾.

Il legislatore ha in tal modo recepito un modello già da tempo affermatosi nelle scienze aziendalistiche che studiano l'organizzazione di impresa, facendo assurgere a parametro normativo il principio per il quale soltanto un sistema integrato di operazioni coordinate è in grado di assicurare un risultato qualitativamente apprezzabile, in quanto, al ridursi della discrezionalità nelle diverse fasi del processo, si riducono parimenti le possibilità di errore. Questo modello, applicato a tutta l'organizzazione aziendale, presuppone che ogni fase dell'attività sia consacrata in un procedimento decisionale e che questo procedimento sia oggetto di una valutazione preventiva, diretta ad accertarne l'adeguatezza, e di successivi e continui controlli, volti a monitorarne l'efficacia della sua concreta applicazione⁽¹⁷⁾.

11.2. Il sistema "policentrico" dei controlli: molti protagonisti in cerca di un coordinatore

Da queste considerazioni preliminari si evince, da un lato, che il controllo assurge ormai a tassello coesistente degli assetti organizzativi, e dunque ad elemento intrinseco all'esercizio della funzione gestoria che su tali assetti si fonda⁽¹⁸⁾; dall'altro che, anche alla luce di tale evoluzione, il reticolare sistema dei controlli societari vede oggi la compresenza di molti «personaggi in cerca di un coordinatore». Si tratta, del resto e prima ancora, di personaggi frutto di più autori: il legislatore a livello di norme primarie, l'esecutivo con norme regolamentari di attuazione, e poi le autorità di

⁽¹⁶⁾ P. FERRO-LUZZI, *L'articolo 136, comma 2-bis, del Testo unico bancario, in La legge per la tutela del risparmio. Un confronto tra giuristi ed economisti*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Bologna, 2007, p. 113 ss.

⁽¹⁷⁾ A. TOPFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, cit., p. 212. In argomento, si veda da ultimo, F. CHIAPPETTA, *Il controllo interno tra compliance normative e attività gestionale, in Corporate governance e «sistema dei controlli» nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, p. 53 ss.

⁽¹⁸⁾ P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio dell'impresa tra amministrazione e controllo*, cit., p. 245 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *La funzione di controllo del consiglio di amministrazione nelle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 663 ss.; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 51 s. E si veda ora C. ANGELICI, *Conclusioni, in Corporate governance e «sistema dei controlli» nella s.p.a.*, cit., p. 267 ss., ove, all'esito di una ricostruzione sistematica del significato «positivo dell'«amministrazione» e «controllo»», si ricava la «conferma [del]la loro convergenza al vertice in una dimensione unitaria, quella in definitiva della gestione imprenditoriale e della sua «correttezza»».

vigilanza, dalla Banca d'Italia, alla Consob, all'ISVAP, nei settori da esse vigilati, sino alla disciplina autoregolamentare delineata dal Codice di autodisciplina.

Nell'ultima versione del Codice è assegnato un risalto ancora più marcato al ruolo di *monitoring* del consiglio di amministrazione in generale e, nel suo ambito, al comitato per il controllo interno, ora ribattezzato comitato controllo e rischi, composto interamente da amministratori non esecutivi e indipendenti; ma una funzione di monitoraggio è svolta, sia pure da una prospettiva peculiare, anche dal comitato per le remunerazioni e, in un'accezione più lata, dal comitato per le proposte di nomina, anch'essi di fonte autoregolamentare.

Un ulteriore co-protagonista è rappresentato, nelle società quotate, dal comitato di amministratori indipendenti previsto dal Regolamento in materia di operazioni con parti correlate emanato dalla Consob in attuazione dell'art. 2391-bis c.c. (19).

Ed anche il revisore legale è chiamato a svolgere un ruolo importante in ordine alle procedure di controllo interno, segnatamente in materia contabile.

Ma si pensi anche ai compiti affidati dalla legge sulla tutela del risparmio al dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari; per non parlare dei vari uffici interni alla struttura aziendale delle società quotate cui sono affidate importanti funzioni di controllo di secondo o terzo livello (gestione dei rischi, *compliance*, *audit*).

Né va dimenticato il ruolo dell'organismo di vigilanza istituito ai sensi del d.lgs. 231/2001, nel cui modello di prevenzione dei reati è ormai riconosciuto uno dei tasselli qualificanti dell'intero sistema di controllo e, più in generale, dell'adeguatezza degli assetti organizzativi dell'impresa: come ha riconosciuto l'importante decisione resa dal Tribunale di Milano nel caso «Banca Italease» che, nell'irrogare all'ente pesanti sanzioni ai sensi del decreto in esame, ha nitidamente scolpito, da un lato, il generale «dovere di auto-organizzazione delle società» e, dall'altro, il principio per cui «l'agire in conformità a legge è sottratto alla discrezionalità dell'imprenditore ed il rischio di non conformità non può rientrare tra i rischi accettabili da parte degli amministratori» (20).

È indubbio che i vari livelli nei quali si articolano i piani della vigilanza e della

(19) Regolamento Consob 17221/2010, sul quale si veda per tutti i contributi raccolti in V. CARIELLO (a cura di), *Le operazioni con parti correlate*, Milano, 2011, nonché più ampiamente *infra*, § 11.10.

(20) Trib. Milano, 3 novembre 2010, in *Riv. dir. soc.*, 2011, con nota di A. POSTIGLIONE, nella cui motivazione è dato percepire nitidamente la eco di recenti indicazioni dottrinali, con particolare riguardo al dovere di auto-organizzazione che grava sulle società e al rapporto tra modelli organizzativi e le norme di diritto societario: il riferimento è in particolare ai contributi contenuti in N. ABRIANI – G. MEO – G. PRESTI (a cura di), *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2009. In argomento cfr. N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza previsto dal d.lgs. 231/2001*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, p. 239 ss. Sul punto si veda *infra*, § 11.11.

valutazione degli assetti organizzativi e le diverse accezioni di controllo presentino profili di contiguità e di parziale sovrapposizione che inevitabilmente si riflettono nell'imputazione di attività a più organi o funzioni (21). Pluralità di organi e funzioni che assume poi ulteriore complessità nei gruppi di società: in tale ambito i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, ai quali deve ispirarsi l'attività di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c., sembrano legittimare (e finanche imporre) modelli di controllo interno omogenei e coerenti, con un allineamento (o, quanto meno, un adeguamento e adattamento) alle procedure della controllante, in un contesto operativo che segnala il frequente – e opportuno – accentramento di almeno parte delle funzioni di gruppo, quali l'*internal audit*, il *risk management* e la *compliance*, ma talora – e più discutibilmente – anche dell'organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001 (22).

Al di là di queste ultime opzioni, pare innegabile che gli organi delle società del gruppo – e, dunque, in primo luogo i collegi sindacali, tanto della *holding* quanto delle società controllate – debbano essere consapevoli delle scelte effettuate dalla capogruppo e siano responsabili, ciascuno secondo le proprie competenze, dell'attuazione, nell'ambito delle rispettive realtà aziendali, delle strategie e politiche perseguite in materia di controlli, favorendone l'integrazione nell'ambito dei controlli di gruppo. Sembra invero potersi assegnare portata generale al principio recentemente espresso, per le società bancarie, dalle Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa, ove si richiede, da un lato, che l'organo con funzione di controllo della società capogruppo verifichi «anche il corretto esercizio delle attività di controllo svolte dalla capogruppo sulle società del gruppo» bancario; dall'altro, che la capogruppo doti «il gruppo di un sistema unitario di controlli interni che consenta l'effettivo controllo sia sulle scelte strategiche del gruppo nel suo complesso sia sull'equilibrio gestionale delle singole componenti», e in particolare «un controllo strategico sull'evoluzione delle diverse aree di attività in cui il gruppo opera e dei rischi incombenti sulle attività esercitate» (23). Il dovere per gli amministratori della *holding* di predisporre un adeguato assetto organizzativo che,

(21) E si veda ancora C. ANGELICI, *Conclusioni*, cit., p. 274 ss. Il rischio che tale sovrapposizione può determinare nella tracciabilità delle responsabilità è ben individuato nelle ricordate Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa, emanato dalla Banca d'Italia nel luglio 2013, ove si raccomanda: «Nel definire le modalità di raccordo, ferme restando le attribuzioni previste dalla legge per le funzioni societarie di controllo, le banche prestano attenzione a non alterare, anche nella sostanza, le responsabilità primarie degli organi aziendali sul sistema dei controlli interni».

(22) Su quest'ultimo profilo si vedano i rilievi critici già espressi in N. ABRIANI – F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 275 s.

(23) Banca d'Italia, Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa, cit.

tramite continui flussi informativi, consenta in primo luogo di tenere sotto controllo i rischi destinati ad emergere all'interno del gruppo, pare invero desumibile dagli artt. 2381 e 2403 c.c. e, ancor prima, dai generali principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale cui deve ispirarsi l'attività di direzione e coordinamento, ai sensi dell'art. 2497 c.c.: norma, quest'ultima, che, com'è stato felicemente rilevato, contiene un'espressione riassuntiva della serie di doveri e dei canoni di comportamento che s'impongono al soggetto che esercita la direzione e coordinamento di società e che valgono a disegnare la figura della buona capogruppo⁽²⁴⁾.

In questo quadro, si registra un correlativo ampliamento del controllo dei sindaci della *holding*, i quali devono verificare che gli amministratori fissino le linee strategiche ed imprenditoriali del gruppo nel rispetto dei «principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale» delle società eterodirette, sollecitando, in tale ambito, gli organi di queste ultime alla predisposizione di sistemi organizzativi adeguati⁽²⁵⁾.

Da tali considerazioni esce dunque confermato un generale dovere degli organi di amministrazione dell'impresa societaria – sia essa autonoma o inserita in una realtà di gruppo – di curare e valutare la predisposizione di assetti organizzativi adeguati e, in quanto tali, idonei ad assolvere alla funzione di presidio avanzato

⁽²⁴⁾ In questi termini G. SCÒGNAMIGLIO, «*Clausole generali*» e *disciplina dei gruppi di società*, Paper presentato al convegno *Le clausole generali nel diritto commerciale e industriale*, Roma, 11-12 febbraio 2011. In tal senso si veda anche la nuova versione del *Codice di autodisciplina* di Borsa Italiana del 2011, per il quale il consiglio di amministrazione della *holding* quotata è chiamato, tra l'altro, a esaminare e ad approvare i piani strategici, industriali e finanziari del gruppo di cui esso è a capo, monitorandone periodicamente l'attuazione; definire la struttura del gruppo; valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi; deliberare in merito alle operazioni delle controllate che abbiano un significativo rilievo strategico, economico, patrimoniale o finanziario per l'emittente (1.C.1); definire le linee di indirizzo del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, in modo che i principali rischi afferenti all'emittente e alle sue controllate risultino correttamente identificati, nonché adeguatamente misurati, gestiti e monitorati, determinando inoltre il grado di compatibilità di tali rischi con una gestione dell'impresa coerente con gli obiettivi strategici individuati (7.C.1).

⁽²⁵⁾ U. TOMBARI, *Il controllo sugli amministratori in una società per azioni dominante e dipendente (Contributo ad uno studio dei sindaci in una prospettiva «di gruppo»)*, in *Riv. soc.*, 1997, p. 942 ss. Con specifico riferimento ai doveri dei sindaci nella verifica della predisposizione di assetti adeguati alla rilevazione dei segnali di crisi dell'impresa, ai fini della tempestiva adozione delle iniziative per farvi fronte, si vedano i contributi di N. ABRIANI e R. ROSAPEPE in corso di pubblicazione in *Crisis económica y responsabilidad en la empresa*, diretto da N. Abriani e J.M. Embid Irujo, Valencia, 2013.

ai fini del rispetto dei principi di corretta amministrazione, assegnata loro dalla legge⁽²⁶⁾.

11.3. L'organo di controllo interno come supervisore e catalizzatore del sistema dei controlli

A una conta sommaria, gli organi, le funzioni e gli uffici che partecipano al sistema dei controlli interni risultano in molte realtà societarie ben più dei *sei* personaggi pirandelliani. Il numero tende a crescere di anno in anno, così avvicinandosi alla "sporca dozzina" ed evocando al contempo la musica dodecafonica. Ma se il compito della *dirty dozen* era quasi impossibile, la dodecafonica presuppone comunque la genialità di uno Schönberg (se non il patto con il diavolo di Adrian Leverkühn nel *Doctor Faustus* di Thomas Mann). In assenza di queste doti non comuni, il rischio è che il sistema degeneri nella cacofonia.

Ora, questo ruolo di accordare e raccordare il sistema, prevenendo i rischi di sovrapposizioni e dissonanze dagli esiti nefasti, è stato assegnato dalla più recente stagione legislativa all'organo di controllo interno, nelle varie configurazioni che il nostro ordinamento contempla: il collegio sindacale del sistema tradizionale di amministrazione e controllo, il consiglio di sorveglianza del sistema dualistico e il comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico. Tale processo ha trovato la sua consacrazione, per le società quotate e tutte le altre società riconducibili alla nuova categoria degli «enti di interesse pubblico», nell'art. 19 del d.lgs. 39/2010. Quest'ultima, fondamentale, disposizione costituisce peraltro l'approdo di un percorso pluriennale che affonda le sue origini in alcuni settori vigilati⁽²⁷⁾ e trova il suo più immediato antecedente nel Testo unico della finanza, per culminare nella sua codificazione ad opera della riforma del 2003. Un'evoluzione normativa che ha dato nuova linfa all'organo di controllo interno e dunque, nella grande maggioranza delle società italiane, al collegio sindacale, con un rovesciamento del tradizionale (e sovente aprioristico) giudizio negativo che sino a ieri affiorava nella valutazioni degli studiosi e degli operatori.

⁽²⁶⁾ Per tutti, G. CAVALLI, *Commento all'art. 149*, cit., p. 1241; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 45 s.

⁽²⁷⁾ Il riferimento è, ancora una volta, al sistema bancario: in particolare all'art. 52 TUB e, prima, ancora alle disposizioni in tema di organo di controllo contenute nella legge bancaria, nell'interpretazione evolutiva data dall'Autorità di vigilanza. Per il riferimento al sistema di controlli interni, si veda anche gli artt. 53 e 67 TUB (in argomento C. BRESCIA MORRA, in C. BRESCIA MORRA – U. MORERA, *L'impresa bancaria*, in *Trattato di diritto civile* del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006). Con riguardo alle società quotate, si veda la Comunicazione Consob 20 febbraio 1997, n. 97001574, in *Riv. soc.*, 1997, p. 193 ss., con presentazione di P. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*.

Se ci si riporta al momento dell'entrata in vigore della riforma societaria, forti erano le spinte verso una progressiva emarginazione del collegio sindacale. E ciò su più fronti. Si pensi alla possibile fuga dal sistema tradizionale prefigurata dall'introduzione dei modelli alternativi di amministrazione e controllo, e all'affidamento al revisore esterno della funzione di controllo contabile, che da regola eccezionale è assurta dal 2003 a regola legale, la cui portata imperativa viene riferita a una più ampia platea di società: non le sole s.p.a. quotate, ma tutte le società azionarie "aperte" e tenute alla redazione del bilancio consolidato (per essere infine estesa ad ogni «ente di interesse pubblico»).

Ma si pensi anche alla dialettica con il comitato per il controllo interno, introdotta dalla (allora) nuova disciplina autoregolamentare; e, più in generale, al sempre più diffuso riconoscimento del ruolo di *monitoring* della componente indipendente dell'organo amministrativo, che avrebbe trovato una delle sue più compiute espressioni nel già richiamato regolamento Consob sulle operazioni con parti correlate⁽²⁸⁾.

Rispetto a queste sollecitazioni convergenti, che potevano tradursi in una Caporetto, va dato atto che il collegio sindacale non si è limitato a difendere la linea del Piave, ma ha reagito con una *campagne conquérante* che, se non lo ha portato "alle porte di Vienna", gli ha certamente assegnato una rinnovata e per molti versi inedita centralità.

Una "campagna", a ben vedere e innanzi tutto, "di assestamento", che ha visto le sue affermazioni in sede statutaria con il (sinora) modestissimo ricorso ai sistemi alternativi di amministrazione e controllo; mentre nelle s.p.a. chiuse (e non tenute alla redazione del bilancio consolidato) è stato pressoché sistematico il ricorso alla clausola diretta a riespandere le competenze dei sindaci, ai sensi dell'art. 2409-bis c.c., anche al controllo legale dei conti.

Quindi, una campagna propriamente "di conquista", realizzata questa volta a livello legislativo: nel solco delle indicazioni anticipate dal Testo unico della finanza, la riforma delle società di capitali, prima, e la legge sulla tutela del risparmio (legge 262/2005), poi, hanno compiuto significativi passi avanti nel tentativo di dotare il collegio di maggiori strumenti di conoscenza e di avvicinarlo agli organi gestionali⁽²⁹⁾.

È stato, in primo luogo, codificato il potere a esercizio doveroso di assumere notizie e informazioni, di regola anche a livello individuale, e il dovere di assistere a

⁽²⁸⁾ In generale, per la constatazione che alla progressiva affermazione della centralità della funzione di controllo interno, realizzatasi a partire dalla seconda metà degli anni novanta, aveva fatto riscontro un «appannamento» del ruolo del collegio sindacale, si veda G. PRESTI, *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Milano, 2002, p. 6 ss.

⁽²⁹⁾ Sul punto si veda G. OLIVIERI, *I controlli «interni» nelle società quotate dopo la legge sulla tutela del risparmio*, in *Giur. comm.*, 2007, n. 1, p. 409 ss.

tutte le riunioni di tutti gli organi collegiali (ivi incluso il comitato esecutivo): poteri e doveri che non trovano esatto corrispondente nei sistemi alternativi.

Più in generale, si è assistito a un'accentuazione e a una maggiore fluidità del «rapporto dialettico bidirezionale tra l'organo di controllo e i soci», mediante un rafforzamento dei poteri di convocazione assembleare e la legittimazione alla denuncia di gravi irregolarità, prima, e all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, poi⁽³⁰⁾.

Un momento qualificante di questo percorso evolutivo è rappresentato dalla previsione del potere-dovere di proposta (per così dire, di *nomination*) del revisore legale, introdotto dapprima per le sole quotate, dal decreto sulla tutela del risparmio, e ora esteso in via generale dal d.lgs. 39/2010 a tutte le società soggette a revisione legale dei conti (e non soltanto agli enti di interesse pubblico).

Parallelamente si è rafforzato il raccordo funzionale e informativo con gli amministratori delegati, la direzione generale e il sistema di controllo interno, sono stati introdotti limiti al cumulo degli incarichi, a presidio della serietà ed effettività della funzione, e si sono precisati in termini più rigorosi i requisiti di indipendenza e professionalità dei componenti dell'organo di controllo.

Se si volesse ravvisare una illuminata "cabina di regia" cui attribuire il merito di questa svolta evolutiva, si potrebbe – con un certo grado di (consapevole) approssimazione – indicarla nella Banca d'Italia. E se si intendesse personalizzarla, attribuendole un nome, verrebbe naturale evocare quello di Mario Draghi: è infatti il Testo unico della finanza elaborato dalla Commissione da lui presieduta (e da molti ancor oggi definito «legge Draghi») ad aver per primo rivitalizzato il ruolo del collegio sindacale, introducendo principi poi codificati in termini generali dalla riforma societaria del 2003; mentre le Disposizioni di vigilanza sul governo societario delle banche, emanate dalla Banca d'Italia sotto il suo governatorato (tra il marzo del 2008 e il febbraio del 2009), hanno anticipato alcune delle principali novità che sarebbero state estese a tutti gli enti di interesse pubblico, sulla spinta della disciplina comunitaria, dal d.lgs. 39/2010 in tema di revisione legale dei conti.

Tali disposizioni meritano di essere richiamate in quanto scolpiscono la funzione dell'organo di controllo come supervisore e catalizzatore del complessivo sistema dei controlli, declinando in termini più analitici alcune delle funzioni che sono ora indicate dall'art. 19 del d.lgs. 39/2010 con riguardo al «Comitato per il controllo interno e la revisione contabile».

Come già si è anticipato, le Disposizioni della Banca d'Italia sulla governance delle società bancarie del 4 marzo 2008 attribuiscono all'organo di controllo interno compiti cruciali nel sistema, e in particolare il potere-dovere di:

a) «vigilare sulla funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni»;

⁽³⁰⁾ R. ALESSI, *Il rapporto dialettico tra collegio sindacale e soci*, in *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, cit., p. 9 ss.

- b) «accertare l'efficacia di tutte le strutture e funzioni coinvolte nel sistema dei controlli e l'adeguato coordinamento delle medesime, promuovendo gli interventi correttivi delle carenze e delle irregolarità rilevate»;
- c) «avvalere[rsi] delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda per lo svolgimento delle verifiche e degli accertamenti necessari», «riceve[ndo] da queste adeguati flussi informativi periodici o relativi a specifiche situazioni o andamenti aziendali. In ragione di tale stretto collegamento è opportuno che l'organo di controllo sia specificamente sentito in merito alle decisioni riguardanti la nomina dei responsabili delle funzioni di controllo interno (soprattutto revisione interna e controllo di conformità) e la definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli (poteri, responsabilità, risorse, flussi informativi, gestione dei conflitti di interesse)».

Sempre nell'ambito dei controlli sulla corretta amministrazione, si soggiunge che «l'organo di controllo verifica e approfondisce cause e rimedi delle irregolarità gestionali, delle anomalie andamentali, delle lacune degli assetti organizzativi e contabili»⁽³¹⁾.

Queste indicazioni trovano ora conferma – e un importante completamento – nelle già ricordate Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa, posto in consultazione dalla Banca d'Italia nell'autunno del 2012 ed approvato in via definitiva nel luglio 2013, nei cui principi generali viene sancita la «rilevanza strategica del sistema dei controlli interni» e il suo «ruolo centrale nell'organizzazione aziendale», in quanto «rappresenta un elemento fondamentale di conoscenza per gli organi aziendali in modo da garantire piena consapevolezza della situazione ed efficace presidio dei rischi aziendali e delle loro interrelazioni». In questa prospettiva □ si soggiunge □ il sistema dei controlli è destinato ad «orienta[re] i mutamenti delle linee strategiche e delle politiche aziendali», imponendo «di adattare in modo coerente il contesto organizzativo» e «favor[endo] la diffusione di una corretta cultura dei rischi, della legalità e dei valori aziendali»⁽³²⁾.

Ed è in questo quadro che viene coerentemente assegnata al collegio sindacale – e in generale agli organi di controllo dei diversi modelli di *governance* adottabili dalle imprese azionarie italiane – «la responsabilità di vigilare sulla completezza, funzionalità e adeguatezza del sistema dei controlli».

⁽³¹⁾ In argomento si veda R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, n. 1, p. 1270 ss.; F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in *Giur. comm.*, 2008, n. 1, p. 1276 ss.

⁽³²⁾ Banca d'Italia, Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche. Sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa (3 luglio 2013).

11.4. Collegio sindacale e «comitato per il controllo interno e la revisione contabile» di cui all'art. 19 del d.lgs. 39/2010

Le Disposizioni sulla governance della Banca d'Italia del 2008 hanno rappresentato, come si è detto, una significativa anticipazione delle regole generali ora consacrate, per tutti gli enti di interesse pubblico, dall'art. 19 del d.lgs. 39/2010. Tale disposizione, come noto, ha attribuito al collegio sindacale (e ai corrispondenti organi di controllo dei sistemi alternativi) l'ulteriore e cruciale funzione di coordinare, nella nuova qualità di «Comitato per il controllo interno e la revisione contabile», alcuni degli aspetti cruciali del sistema di governo societario.

In base al primo comma dell'art. 19 del d.lgs. 39/2010 il «comitato» – *alias* (nel sistema tradizionale) collegio sindacale – deve vigilare sui seguenti aspetti:

- a) il processo di informativa finanziaria;
- b) l'efficacia dei sistemi di controllo interno, di revisione interna, se applicabile, e di gestione del rischio;
- c) la revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati;
- d) l'indipendenza del revisore legale o della società di revisione legale, in particolare per quanto concerne la prestazione di servizi non di revisione all'ente sottoposto alla revisione legale dei conti.

Lo svolgimento di queste funzioni era espressamente previsto dal legislatore comunitario come obbligatorio in tutti gli enti d'interesse pubblico; l'art. 41 della direttiva 43/2006/CE lasciava tuttavia liberi gli Stati membri di decidere in ordine all'attribuzione di tali delicatissimi compiti, in via alternativa:

- a) ad un organo *ad hoc* nominato dall'assemblea dei soci, oppure
- b) ai componenti non esecutivi dell'organo amministrativo (e dunque all'*internal audit committee* contemplato da alcune legislazioni straniere e dal nostro Codice di autodisciplina delle società quotate), o ancora
- c) all'organo di controllo dell'ente d'interesse pubblico sottoposto a revisione legale dei conti.

Il decreto di attuazione ha optato per quest'ultima soluzione, prevedendo nel secondo comma dell'art. 19 che nelle società che adottano il sistema tradizionale di amministrazione e controllo il comitato per il controllo interno e la revisione contabile *si identifica con il collegio sindacale*.

La stessa regola vale per il comitato per il controllo sulla gestione delle (poche) società italiane a sistema monistico; mentre nelle (ancor più rare) società a modello dualistico l'identificazione con il consiglio di sorveglianza è subordinata alla mancata attribuzione da parte dello statuto della competenza a deliberare su operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari (ai sensi della lett. *f-bis* dell'art. 2409-

terdecies c.c.), dovendosi altrimenti costituire un apposito comitato al suo interno⁽³³⁾.

Al di là di quest'ultimo profilo peculiare, che sembra profilare un'ulteriore "barriera all'ingresso" nel ristretto club del dualistico, l'opzione prescelta dal nostro legislatore si rivela quanto mai opportuna: essa vale infatti a evitare l'introduzione di ulteriori organi in un già sovraffollato panorama societario e a riconoscere il ruolo centrale del collegio sindacale (o dei corrispondenti organi alternativi) come supervisore e coordinatore del complessivo e "policentrico" sistema dei controlli societari.

Se il «comitato per il controllo interno e la revisione contabile» non costituisce dunque un nuovo organo, si tratta di verificare se, e in quale misura, le funzioni attribuite dall'art. 19 al collegio sindacale (e agli altri organi di controllo dei sistemi alternativi) determinino un ampliamento rispetto ai compiti già attribuiti all'organo di controllo dalla disciplina previgente.

Le novità sembrano meno significative con riguardo alla vigilanza sul «processo di informativa finanziaria», che parrebbe iscriversi nell'alveo di quella generale vigilanza sull'adeguatezza del sistema amministrativo-contabile, che già ieri gli organi di controllo erano chiamati a svolgere, dapprima nelle società quotate, in forza dell'art. 149 TUF, quindi in tutte le imprese azionarie, ai sensi dell'art. 2403 c.c.

E sempre a tale ambito funzionale pare riconducibile la vigilanza sui «sistemi di controllo interno», «di revisione interna» e «di gestione del rischio», con riferimento ai quali merita di essere sottolineato il richiamo all'*efficacia* degli stessi che evoca il riscontro dell'effettivo funzionamento in concreto di tali sistemi, quale già richiesto, in generale, dall'art. 2403, comma 1, c.c., e, con riguardo ai modelli di prevenzione dei reati, dalla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001.

L'area di funzioni più problematica – e almeno apparentemente innovativa – è quella rappresentata dalla vigilanza sulla «revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati», che si raccorda alla quarta funzione indicata sempre dall'art. 19 d.lgs. 39/2010, relativa all'accertamento dell'indipendenza del revisore.

Quanto a quest'ultimo profilo, il collegio sindacale era già tenuto a svolgere tale funzione nelle società quotate (ai sensi del Codice di autodisciplina). L'elemento di novità riguarda, da un lato, l'estensione di tale controllo alle altre società qualificabili come «enti di interesse pubblico» ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 39/2010; e, dall'altro, il raccordo tra tale disposizione e la nuova norma di carattere generale relativa al potere-dovere di proposta motivata in ordine al conferimento dell'incarico al (e, dunque, di *nomination* del) revisore, attribuito agli organi di controllo di tutte le società azionarie dall'art. 13, comma 1, dello stesso decreto.

Più delicato e innovativo è il riconoscimento del compito di vigilanza sulla «revisione legale dei conti annuali e dei conti consolidati», che, almeno ad una prima

⁽³³⁾ Così l'art. 19, comma 2, lett. b), d.lgs. 39/2010, nel quale è dato ancora una volta percepire l'influenza (e per c.d. la «portata anticipatoria») delle Disposizioni della Banca d'Italia.

lettura, parrebbe imporre una sensibile accentuazione dei controlli sui revisori e sull'esercizio della funzione di revisione rispetto al passato, rendendo al contempo più evidente la differenza con le società azionarie non qualificabili come enti di interesse pubblico.

È questa l'area con riferimento alla quale la dottrina aziendalistica ha ritenuto di poter individuare il profilo di maggior novità e più rilevante impatto applicativo dell'art. 19 del d.lgs. 39/2010. Si è infatti osservato come la lettera della norma sembri decampare dalla sfera del mero scambio di informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti con il revisore esterno, richieste in linea generale dal Codice civile⁽³⁴⁾, indirizzando più latamente verso una vigilanza sull'assetto generale dello svolgimento della funzione di revisione⁽³⁵⁾.

Si tratta peraltro di precisare i limiti di questo nuovo compito, risultando senz'altro condivisibile l'indicazione immediatamente prospettata dalla nostra migliore dottrina a favore di un'interpretazione rigorosamente restrittiva della nuova norma, onde scongiurare il rischio che la funzione di vigilanza sulla revisione legale possa preludere a un'indebita e surrettizia riattribuzione del controllo contabile in capo al collegio sindacale⁽³⁶⁾.

A ben vedere, anche sul piano letterale la disposizione sembra limitare il compito del comitato (*alias*, collegio sindacale) a un controllo sintetico e procedurale sulla conduzione dell'attività di revisione. Deve escludersi dunque che, in forza della nuova norma, i sindaci siano abilitati (e, tanto meno, siano tenuti) a vigilare sul rispetto dei singoli principi di revisione da parte della società di revisione. Una simile lettura infatti, al di là delle difficoltà di attuazione pratica, comporterebbe indebite intrusioni del collegio sindacale nell'attività del soggetto chiamato alla funzione di revisione legale dei conti: così inteso il controllo dei sindaci trascenderebbe in una verifica sull'adeguatezza dei criteri di revisione scelti e delle specifiche procedure di revisione svolte dal revisore, che potrebbe finanche minare l'autonomia di giudizio di tale soggetto⁽³⁷⁾.

In questo quadro si può concludere che l'attività richiesta dalla nuova norma all'organo di controllo interno si appunta – ma, al contempo, *si esaurisce* – in una vigilanza sull'assetto generale dello svolgimento dell'attività di revisione: asset-

⁽³⁴⁾ Il riferimento è naturalmente all'art. 2409-*septies* c.c. (unica norma sopravvissuta alla «decodificazione» operata dal d.lgs. 39/2010), ai sensi del quale «il collegio sindacale e i soggetti incaricati del controllo contabile si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti».

⁽³⁵⁾ P. MANZONETTO, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate: i risultati di una ricerca*, Milano, 2010, p. 113 ss.

⁽³⁶⁾ P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni: profili critici e prospettive applicative*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate*, cit., p. 94 ss.

⁽³⁷⁾ E si veda ancora P. MONTALENTI, *Il sistema dei controlli interni*, cit.

to identificabile nei suoi momenti topici, dalla fase di pianificazione, alla verifica dello stato di avanzamento dei lavori, ai principali snodi critici dell'esercizio della funzione; passaggi, questi, che dovranno tutti trovare una specifica traduzione in comportamenti concreti in correlazione con il soggetto incaricato della revisione e che si concluderanno con la relazione che quest'ultima è obbligato a presentare ai sensi del terzo comma dell'art. 19 d.lgs. 39/2010 ⁽³⁸⁾.

11.5. Collegio sindacale e comitato controllo e rischi nelle società quotate

Va ancora aggiunto che è proprio con riferimento alla vigilanza sulla revisione legale dei conti che si annidavano i maggiori rischi di sovrapposizione tra il collegio sindacale (nella nuova veste di comitato per il controllo interno e la revisione contabile) e il comitato per il controllo istituito all'interno dell'organo amministrativo ai sensi del Codice di autodisciplina: comitato, quest'ultimo, che è chiamato dalla disciplina autoregolamentare, tra l'altro, a «esprime[re] pareri sulla progettazione, realizzazione e gestione del sistema di controllo interno» ⁽³⁹⁾, a «vigila[re] sull'efficacia del processo di revisione contabile» ⁽⁴⁰⁾ e ad esercitare altre funzioni direttamente e indirettamente collegate all'attività di revisione ⁽⁴¹⁾.

A questo proposito, la recente revisione del Codice di autodisciplina ha opportunamente attenuato le sovrapposizioni, superando anche l'omonimia (oramai, quasi decettiva) tra i due comitati, ribattezzando il comitato *audit* come «Comitato controllo e rischi» e ridefinendone le funzioni all'interno del complessivo «Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» a cui è intitolato il nuovo art. 7 del Codice: con una duplice e convergente innovazione che il Commento a tale fondamentale previsione ricollega, in primo luogo, all'esigenza di «differenziare quest'organismo dal "comitato per il controllo interno e la revisione contabile", imposto dalla recente normativa in tema di revisione contabile, le cui incombenze rimangono ben distinte rispetto alle esigenze istruttorie dell'organo amministrativo» ⁽⁴²⁾.

Le nuove disposizioni autoregolamentari riflettono opportunamente la diversità di piani sui quali si collocano il comitato controllo e rischi interno all'organo amministrativo, da un lato, e il collegio sindacale (anche nella nuova veste di «comitato per il controllo interno e la revisione contabile»), dall'altro.

⁽³⁸⁾ In questi termini, convincentemente, P. MANZONETTO, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni*, cit., p. 119 s.

⁽³⁹⁾ Così il previgente Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, Criterio 8.C.3, lett. d).

⁽⁴⁰⁾ Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, Criterio 8.C.3, lett. e).

⁽⁴¹⁾ Codice di autodisciplina di Borsa Italiana, Criterio 8.C.3., lett. a), b) e d).

⁽⁴²⁾ Codice di autodisciplina di Borsa Italiana (2011), Commento all'art. 7.

Si ripropone qui la distinzione tra (a) la *vigilanza* sulla legalità dell'azione amministrativa e l'adeguatezza degli assetti, cui è chiamato l'organo di controllo interno del sistema tradizionale e (b) la *valutazione* in ordine all'efficienza, all'economicità e alla convenienza, che spetta all'organo amministrativo e in funzione della quale il consiglio di amministrazione può tuttora utilmente servirsi di un comitato interno allo stesso, con funzioni istruttorie e di supporto, come appunto previsto dal Codice di autodisciplina per le società quotate.

Sotto questo profilo, il sistema integrato di *governance* societaria risultante dall'attuale quadro normativo può essere rappresentato con l'immagine di due assi cartesiani all'interno dei quali si viene ad iscrivere la "funzione" rappresentativa della gestione della società e, in tale ambito, della predisposizione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, alla cui *cura* sono chiamati gli amministratori esecutivi e la dirigenza apicale; mentre sulle ascisse e sulle ordinate si collocano, rispettivamente, la *valutazione* spettante all'organo amministrativo e la *vigilanza* cui è chiamato l'organo di controllo.

I valori relativi all'asse delle ascisse rivestono il carattere "proattivo" proprio della *valutazione* del consiglio di amministrazione e sono destinati, almeno potenzialmente, a intervenire sugli assetti predisposti dagli *executives*, contribuendo a tracciarne il disegno anche in punto di efficacia, efficienza e redditività; ed assumono tale valore "proattivo" in quanto non si limitano a una verifica dei parametri di regolarità o conformità della gestione ⁽⁴³⁾, ma concorrono essi stessi al processo decisionale, in primo luogo con riferimento agli assetti, ma anche, più in generale, agli altri indirizzi e alle opzioni della direzione strategica ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴³⁾ Talora predeterminati dallo stesso consiglio: sull'attività al contempo di verifica della regolarità o conformità delle funzioni d'impresa e di predeterminazione delle regole e dei parametri atti a detta verifica svolta dall'organo amministrativo si veda da ultimo e per tutti M. STELLA RICHTER jr., *La funzione di controllo*, cit., p. 663 ss.

⁽⁴⁴⁾ In dottrina è ormai diffusa la consapevolezza che «la crescente complessità dell'organizzazione impedisce ormai, sul terreno tecnico prima ancora che sul terreno giuridico, di concepire il potere degli amministratori come potere *diretto* sulle decisioni d'impresa» e che «il potere di gestione è sempre più di direzione strategica, decentramento decisionale a favore del *management* e controllo di procedure»: tra i primi e per tutti, P. MONTALENTI, *La società quotata*, in *Trattato Cottino*, vol. IV, tomo II, 2004, p. 228. E si veda ora lo studio dell'OCSE STEERING GROUP ON CORPORATE GOVERNANCE, *Corporate Governance and the Financial Crisis, Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles*, 24 febbraio 2010, su www.oecd.org/dataoecd/53/62/44679170.pdf, ove si legge in particolare (6.4): «An issue that has come to the fore during the financial crisis concerns company complexity that has strained the efficient discharge by the board of its duties and has also challenged senior management in some significant instances. The problem is not unique to global banks, encompassing many different activities. A number of non-financial firms can be characterized as complex especially now that the boundaries of the firm have become

L'asse delle ordinate del collegio sindacale descrive invece il più selettivo carattere "conformante" della *vigilanza* sull'adeguatezza degli assetti, finalizzato a verificarne la conformità alla legge e a reindirizzarli entro i binari della corretta amministrazione, ove risultino non adeguati anche alla luce del concreto funzionamento degli stessi. Si tratta, come per il consiglio di amministrazione, di un potere-dovere di indirizzo, che però, a differenza di quello esercitato dagli amministratori non esecutivi, non decampa mai nel merito delle scelte organizzative adottate, vagliandone piuttosto la razionalità e l'effettività, onde appurare se tali opzioni si siano tradotte in comportamenti concreti e verificare l'avvenuta correzione delle irregolarità riscontrate e segnalate nell'esercizio dell'attività di controllo ⁽⁴⁵⁾.

11.6. Valutazione e vigilanza sul sistema di controllo interno nei diversi modelli di amministrazione e controllo

La distinzione ora delineata, chiara nel sistema tradizionale, si presenta in termini diversi nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo introdotti dalla riforma del 2003.

Nel *sistema dualistico* il valore dell'asse della ascisse (valutazione) tende ad assottigliarsi, sino a venir meno nelle (non rare) ipotesi in cui il consiglio di gestione risulti interamente composto da consiglieri esecutivi; mentre quello delle ordinate (vigilanza) viene ad arricchirsi di una portata valutativa ben più pregnante di quella del collegio sindacale, assumendo i relativi interventi un'efficacia proattiva e biunivocamente dialettica, segnatamente ove lo statuto riconosca al consiglio di sorveglianza le prerogative di alta amministrazione di cui alla lett. f-bis) dell'art. 2409-terdecies c.c. ⁽⁴⁶⁾.

diffuse through technology sharing and out-sourcing (...). Some companies have set the standard by, for example, having board meetings at different subsidiaries and locations. Some NEDs including independent ones might even sit on the boards of key subsidiaries and joint companies. *Complexity has particular implications for non-executive board members and their oversight of executives, senior management and assurance duties (e.g. risk management and internal audit)*. It will also need to be reflected in the structure and operation of the board and its resources. *It is important that the board responds in an appropriate manner in terms of specifying controls and assurance functions rather than interfering in day to day management of the company and its subsidiaries*» (corsivo aggiunto).

⁽⁴⁵⁾ G. PRESTI, *Collegio sindacale*, cit., p. 14, per il quale i sindaci sono chiamati, dapprima, a una vigilanza che richiede una considerazione «astratta» o *ex ante* dell'adeguatezza delle determinazioni degli amministratori in punto di assetti, cui segue il riscontro *ex post*, alla «prova dei fatti», dell'effettivo funzionamento di tali sistemi.

⁽⁴⁶⁾ Per tutti V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, in N. ABRIANI - V. CARIELLO, *Diritto dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, Torino, 2012.

Nel *sistema monistico*, per contro, potrebbe fare difetto l'asse delle ordinate della mera vigilanza estranea alla sfera gestoria, essendo la funzione di controllo attribuita a consiglieri di amministrazione chiamati anche a valutare e a (concorrere a) indirizzare la gestione della società: soggetti per definizione compartecipi del processo decisionale e i cui poteri istruttori e reattivi sono funzionali innanzi tutto ad una più incisiva ed efficace valutazione di merito, ad opera dell'organo amministrativo nel suo *plenum*, sull'operato degli esecutivi; e dunque anche sulla convenienza e utilità delle opzioni organizzative e gestorie da questi ultime predisposte e realizzate, ma dai primi condivise nella loro pianificazione strategica ⁽⁴⁷⁾.

Non si tratta peraltro qui di verificare quale sia il più "cartesiano" tra i sistemi di amministrazione e controllo, bensì di sottolineare la permanente distinzione – certamente, più nitida nel modello tradizionale, ma presente anche nei sistemi dualistico e monistico – del ruolo dell'organo di controllo rispetto agli amministratori non esecutivi.

È innegabile che, a seguito della riforma del 2003, amministrazione e controllo non costituiscano più funzioni tra loro nettamente distinte, ma rappresentino piuttosto i due versanti di un unico sistema, nell'ambito del quale gli assetti – e dunque anche gli stessi sistemi di controllo – fanno parte integrante e qualificante della gestione ⁽⁴⁸⁾. Il

⁽⁴⁷⁾ Sulla funzione di *advice* e *setting strategy* propria del comitato per il controllo sulla gestione, si veda, per tutti, D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in *Liber amicorum Piras*, 2010, p. 588 ss.; C. MOSCA, *I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo*, in *Liber amicorum Campobasso*, vol. 2, p. 748 ss. Per la constatazione che «il controllo sul merito della gestione è, logicamente come in pratica, tanto più efficace e funzionale se affidato a chi almeno potenzialmente dalla amministrazione non è mai completamente estraneo», si veda già B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 299 s. In quelle pagine il compianto Maestro osservava: «il ruolo fondamentale del comitato per il controllo sulla gestione si iscrive all'interno di un centro (composito) di azione dove (i) tutti coloro che ne fanno parte sono tenuti a svolgere i compiti propri della figura dell'amministratore ivi compreso il controllo delle iniziative di ciascuno, (ii) alcuni possono essere delegati ad occuparsi specificamente della guida dell'attività di impresa, ed (iii) alcuni devono per compito specifico vigilare, sorvegliare attivamente e per iniziativa costante (stante la loro conoscenza puntuale della vicenda d'insieme), a che il sistema nelle sue varie componenti si snodi e si svolga correttamente ed efficacemente, in attuazione dello statuto e nel rispetto della legge. E coerentemente si assume che tutti, così facendo, "amministrano" la società, tant'è che tutti partecipano alle e si assumono la responsabilità delle delibere consiliari assunte (art. 2388, richiamato dall'art. 2409-noviesdecies)».

⁽⁴⁸⁾ Da ultimo e per tutti P. FERRO-LUZZI, *Per una razionalizzazione del concetto di controllo*, in *I controlli societari*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, cit., p. 129 ss., ove si sottolinea come l'organo amministrativo, pur non svolgendo propriamente e direttamente attività di controllo, sia responsabile dell'approntamento di un sistema di controllo adeguato e della verifica del concreto funzionamento dello stesso, con un esame diretto, ove occorra, dei suoi profili e criticità di maggior rilievo. In argomento si veda altresì P. MONTALENTI, *L'amministrazione*, cit.,

rispetto del protocollo organizzativo è anzi *l'a priori* della corretta amministrazione; ed è solo dopo aver assolto a tale duplice protocollo che l'amministrazione può considerarsi "corretta", e può dunque eccipirsi la regola della *business judgement rule* ⁽⁴⁹⁾; e altrettanto deve dirsi del rispetto del protocollo informativo, dovendosi ravvisare proprio nella predisposizione dei canali informativi «il punto di equilibrio complessivo della nuova disciplina dell'amministrazione» ⁽⁵⁰⁾.

11.7. Convergenza funzionale e permanente distinzione di ruoli (e responsabilità) tra gli organi di amministrazione e controllo

La convergenza funzionale dei controlli di secondo grado, che gli amministratori non esecutivi e i sindaci sono chiamati a operare, non deve tuttavia far dimenticare agli interpreti la perdurante diversità di prospettiva, e anche di responsabilità, che comporta l'organo di controllo. Tale distinzione trova nel diritto vigente il suo riferimento normativo nella fondamentale disposizione di cui al secondo comma dell'art. 2407 c.c., che continua a ritenere i sindaci «responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se

p. 627 ss.; G. FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 638 ss.; S. FORTUNATO, *Commento all'art. 2409-septies*, in *Commentario Niccolini-Stagno d'Alcontres*, p. 864, ove tale evoluzione veniva così efficacemente sintetizzata: «sebbene per un verso resti ferma la definizione di controllo come attività di secondo grado rispetto all'attività di amministrazione, per altro verso deve sicuramente condividersi l'idea – che si è fatta strada in dottrina – secondo cui l'amministrazione e il controllo non possono essere viste come attività del tutto distinte, ma devono ritenersi aspetti di uno stesso sistema integrato. Più precisamente, il controllo, pur distinto dall'attività di gestione in senso stretto, deve considerarsi come parte dell'amministrazione nell'accezione più ampia, come "governo" dell'impresa. In altri termini, se in astratto è abbastanza agevole concepire l'esercizio dell'amministrazione anche in assenza di un'attività di vigilanza, verifica e revisione, in concreto non può esservi corretta amministrazione, senza un adeguato sistema di controlli». Nel senso che «una gestione dalla quale sia assente una funzione di controllo non sarebbe (...) né sana, né prudente», si veda già G. PRESTI, *Collegio sindacale e sistema dei controlli*, cit., p. 6 ss.

⁽⁴⁹⁾ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione*, cit., p. 7 s.

⁽⁵⁰⁾ Così G. FERRI jr., *L'amministrazione delegata nella riforma*, cit., p. 638, ove il rilievo che «è proprio in questi termini, informativi, che si caratterizza attualmente la disciplina del controllo: ad ulteriore conferma della circostanza che, a seguito della riforma, amministrazione e controllo non costituiscono più funzioni tra loro nettamente distinte (tanto da poter anzi essere concentrate sul medesimo organo, come avviene nel sistema detto, proprio per ciò, monistico), ma rappresentano i due versanti di un unico sistema integrato». Sui doveri di informazione si veda per tutti G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica». Ora, se si riconsidera il tessuto normativo e se ne valorizza, per così dire, il *bright side* della fisiologica operatività dell'organo, che traspare *a contrario*, anziché non il *dark side* della patologia, che determina la responsabilità, dalla regola ora enunciata si evince che i sindaci, sebbene dotati di doveri e poteri di controllo più intensi rispetto al passato, continuano a rispondere soltanto per *difetto di vigilanza*; e solo a tale titolo possono essere solidalmente coinvolti nella responsabilità degli amministratori.

Da tale disposizione esce dunque confortata la conclusione che, se la predisposizione di adeguati sistemi di controllo d'impresa è un aspetto coesistente della gestione, rientrando tra i principali compiti dell'organo amministrativo, la gestione per contro resta sempre estranea alle funzioni dell'organo di controllo, che su di essa è chiamato ad appuntare unicamente la sua pur incisiva e sostanziale vigilanza (salvi i casi eccezionali di sostituzione transitoria degli amministratori nell'esercizio delle funzioni degli amministratori).

Da questo punto di vista è significativo il passaggio della Relazione illustrativa al d.lgs. 6/2003, dove, con riferimento all'art. 2407 c.c. (e, per i revisori, all'ormai abrogato art. 2407-sexies c.c.), si ribadisce che la responsabilità ha «anche, e soprattutto, una funzione di deterrente, di spinta ad evitare violazioni dei rispettivi doveri», soggiungendosi che «la conservazione di questa funzione deterrente (...) implica un sistema di responsabilità per colpa (non già un sistema di responsabilità oggettiva)», di talché «la responsabilità consegue solo alla violazione colpevole di specifici e ben individuati doveri, diversi a seconda dei ruoli svolti, e (...) deve valutarsi in relazione a ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili, in modo da evitare in radice un'indebita estensione della responsabilità solidale a soggetti che abbiano svolto con diligenza i loro specifici compiti».

Un'ulteriore conferma di tali conclusioni è offerta dall'art. 2380-bis c.c., ai sensi del quale «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale». Tale disposizione è stata sinora richiamata con riferimento al rapporto tra proprietà e gestione, dunque tra organo assembleare e organo amministrativo; essa si rivela tuttavia non meno significativa nel rapporto tra organo amministrativo e organo di controllo. Il riconoscimento normativo dell'esclusiva spettanza della gestione in capo all'organo amministrativo implica invero una speculare affermazione dell'estraneità dell'organo di controllo a tale gestione; in tal modo ribadendosi che gli amministratori (come i consiglieri di gestione delle società a sistema dualistico) sono competenti in via esclusiva all'assunzione e al compimento delle scelte gestorie, comprensive anche delle decisioni relative alla conformazione dell'organizzazione dirette a renderla adeguata a realizzare le finalità proprie del controllo interno ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Com'è stato chiarito, i processi organizzativi, decisionali e di sorveglianza non hanno tanto la gestione come oggetto, ma ne sono «essi stessi parte, con carattere di sistematicità»:

11.8. (Segue) Nuovi compiti e responsabilità del collegio sindacale

Dalle premesse sin qui richiamate deriva un importante corollario, che costituisce al contempo un *caveat* all'interprete e soprattutto al formante giurisprudenziale rispetto a derive giustizialiste: la natura solidale della responsabilità dei componenti dell'organo di controllo con quella degli amministratori non deve velare il *diverso titolo* al quale rispondono gli uni e gli altri⁽⁵²⁾; titolo che si ricava appunto dalla specifica relazione instaurata dall'ordinamento tra le funzioni assegnate all'organo di controllo e il corrispondente regime di responsabilità dei sindaci⁽⁵³⁾.

La ridefinizione dei compiti di vigilanza del collegio sindacale, con l'inclusione del monitoraggio sul sistema di controllo interno – e, dunque, con forme di controllo di seconda istanza, che coinvolgono l'adeguatezza degli assetti organizzativi, anche allo scopo di dare opportuni *input* agli organi sociali – consente ora di configurare più latamente la funzione dell'organo in termini di «controllo sulla conformità ai principi di legge dell'operato degli amministratori»⁽⁵⁴⁾. Ciò tuttavia non implica una compartecipazione del collegio sindacale al processo decisionale, e dunque alle scelte degli amministratori in ordine alla definizione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Le nuove funzioni, per quanto significativamente ampliate e precisate, rientrano pur sempre nell'attività tipica del collegio sindacale: attività di vigilanza che rimane *eminente e conoscitiva* e in funzione *essenzialmente collaborativa*⁽⁵⁵⁾.

così G. PRESTI, *Collegio sindacale*, cit., p. 9 s. In tal senso anche P. BENAZZO, *Controlli interni*, cit., p. 383 ss.; L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo*, cit. p. 56.

⁽⁵²⁾ Esclusi i componenti del comitato per il controllo del sistema monistico, che sono invece soggetti direttamente agli artt. 2392 ss. c.c., in quanto posti sul piano proprio dei componenti non esecutivi del consiglio di amministrazione, ancorché maggiormente responsabilizzati dalle peculiari funzioni cui sono chiamati direttamente dalla legge e da quelle ulteriori che può loro attribuire il consiglio di amministrazione (o lo statuto sociale).

⁽⁵³⁾ E dei consiglieri di sorveglianza nel sistema dualistico; sulla neutralità della regola della responsabilità solidale, si vedano già le considerazioni di G. FERRI jr., *Le deleghe interne*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p. 243 ss., nonché gli importanti sviluppi di questa impostazione ad opera di L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo della spa nei diversi sistemi di governance*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 57 ss.

⁽⁵⁴⁾ U. TOMBARI, *Il controllo sugli amministratori*, cit., p. 945. Cfr. anche L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo*, cit., p. 57 ss., per la quale «il collegio svolge una funzione preventiva e collaborativa e non meramente ispettiva».

⁽⁵⁵⁾ P. FERRO-LUZZI, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel t.u. delle leggi sulle casse di risparmio e sui monti di pietà di prima categoria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, p. 46 s., che già prima della riforma riconduceva il comportamento dovuto dai sindaci a un «conoscere per rilevare», restando preclusa un'influenza sulla produzione o permanenza

Resta dunque fermo che il collegio sindacale non potrà mai essere chiamato a rispondere per un omesso intervento sulla convenienza o sull'opportunità di scelte imprenditoriali assunte dall'organo gestorio, posto che il merito dell'operato degli amministratori diviene scrutinabile dall'organo di controllo – e potenziale oggetto di rilievo – soltanto se, e nella misura in cui, «il "vizio" di merito si traduca in violazione degli obblighi degli amministratori»⁽⁵⁶⁾. Sicché, al di là di disquisizioni terminologiche di dubbio fondamento⁽⁵⁷⁾, sembra conservare ancor oggi attualità il passo della Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 983), ove si sottolineava come il legislatore del 1942 avesse inteso evitare che la funzione di controllo «esorbitasse dai suoi confini per invadere quelli dell'amministrazione». A tale indicazione sembra idealmente ricollegarsi anche la Relazione di accompagnamento alla riforma del 2003, nella quale si afferma espressamente che, alla luce della nuova formulazione dell'art. 2403, «l'ambito della responsabilità risulta meglio definito e sostanzialmente ristretto»: con un'enunciazione che, sebbene riferita anzitutto alla sottrazione dei compiti in materia contabile, pare evidentemente incompatibile con la volontà di estendere il doveri dei sindaci finché a un controllo di merito sulle scelte discrezionali degli amministratori⁽⁵⁸⁾.

È dunque in questa cornice sistematica che va inquadrata la più recente evoluzione giurisprudenziale in tema di responsabilità del collegio sindacale, che – nel

della decisione degli amministratori. In questa prospettiva merita di essere richiamato il passo della Relazione al Codice civile del 1942, ove si rilevava, con riferimento all'efficacia della disciplina dell'organo di controllo delle società azionarie: «più che i principi occorre infatti modificare gli uomini, assicurandosi che essi avessero una competenza adeguata per assolvere il compito loro affidato e congegnando poi le norme in modo che coloro i quali sono chiamati al delicato ufficio possano con maggiore dignità attendere alla loro funzione, che ha e deve avere carattere di collaborazione».

⁽⁵⁶⁾ M. SANDULLI, *Sui poteri del collegio sindacale*, in *Riv. not.*, 1977, I, p. 1152 ss. Più recentemente P. MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, 2009, p. 158, per il quale il collegio sindacale sarebbe «anche investito di un controllo di merito (non foss'altro per il non superamento di quella soglia, di quella norma che conduce gli amministratori nell'area della responsabilità)».

⁽⁵⁷⁾ Con riferimento alla discussione sulla qualificazione del controllo sindacale tra merito e legittimità, si vedano i puntuali rilievi di G. CORTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 422, ove si osserva che l'estensione del controllo dei sindaci a tutta l'attività degli amministratori «finisce con l'attutire molto la distinzione tra sostenitori di tesi diverse». E si veda già G. MINERVINI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1965, p. 373 ss.

⁽⁵⁸⁾ E si veda S. AMBROSINI, *Il collegio sindacale*, in N. ABRANI – S. AMBROSINI – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, cit., p. 706 s. e già ID., *L'amministrazione e i controlli nella società per azioni*, in *La riforma delle società per azioni. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Torino, 2003, p. 73.

solco degli insegnamenti della nostra più autorevole dottrina⁽⁵⁹⁾ – converge ormai nel riconoscere in capo ai sindaci, il dovere di operare «un controllo di legalità non puramente formale, ma esteso al contenuto sostanziale dell'attività sociale e dell'azione degli amministratori, allo scopo di verificare che le operazioni poste in essere da questi ultimi non travalichino i limiti della corretta amministrazione»⁽⁶⁰⁾.

La stessa giurisprudenza di legittimità ha statuito che, «nel contesto della vigilanza sull'osservanza della legge e sul rispetto dei principi di buona amministrazione, il collegio sindacale ha il dovere di monitorare il rispetto delle norme tributarie e previdenziali, dovendo verificare non solo la presenza di personale interno e di consulenti esterni, ma anche il funzionamento di procedure che assicurino la tempestività e la regolarità degli adempimenti»⁽⁶¹⁾; ed ha aggiunto che «integra violazione dei doveri di controllo» dei sindaci di società per azioni, esponendoli a responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2407 c.c., «l'omessa vigilanza circa il compimento da parte dell'organo amministrativo di irregolarità di gestione per operazioni non riportate nella contabilità e per finanziamenti a società collegate divenuti causa del dissesto finanziario della società poi dichiarata fallita»⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ G. FERRI, *I controlli interni nelle società per azioni*, in AA.VV., *Controlli interni ed esterni nelle società per azioni*, Milano, 1972, p. 13 ss.; G. COTTINO, voce *Società per azioni*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVII, 1970, p. 636 ss.; M. SANDULLI, *Sui poteri del collegio sindacale*, cit., p. 1152 ss.; S. FORTUNATO, *La certificazione del bilancio. Profili giuridici*, Napoli, 1985, p. 76 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Le funzioni dei sindaci*, cit., p. 45 ss.; P. MARCHETTI, *Riforma del collegio sindacale e ruolo dei revisori*, in *Giur. comm.*, 1995, n. 1, p. 106 ss.; G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, 16, 1985, p. 563 ss.; G. CAVALLI, *I sindaci*, in *Trattato Colombo-Portale*, 5, 1988, p. 94 ss.; G.U. TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, sub artt. 2397-2408, in *Commentario civile Schlesinger*, 1992, p. 225 ss.; V. SALAFIA, *La responsabilità dei sindaci*, in *Le Società*, 1994, p. 1313 ss.; G. MINERVINI, *Le funzioni del collegio sindacale: questioni vecchie, questioni nuove*, in *Le Società*, 2000, p. 650 ss., ove il sempre attuale monito secondo cui «la riduzione di taluni interventi del collegio sindacale, previsti dalla legge, a mero rituale è la porta spalancata alla loro soppressione».

⁽⁶⁰⁾ Così da ultimo Cass., 27 maggio 2013, n. 13081. E si veda già Cass., 17 settembre 1997, n. 9252.

⁽⁶¹⁾ Cass., 11 luglio 2008, n. 19235.

⁽⁶²⁾ Cass., 6 settembre 2007, n. 18728. Nella fattispecie la Suprema Corte aveva confermato la statuizione di condanna dei giudici di merito, affermando che anche la tenuta di una contabilità occulta non esime i sindaci dai doveri di controllo quando vi sia discrepanza della contabilità ufficiale con i dati reali sulla gestione secondo un allarme offerto dalla gravità delle operazioni; e che, inoltre, non è invocabile un'automatica liceità dei finanziamenti a favore delle società collegate, se non risultano i vantaggi per la società amministrata delle operazioni che la depauperavano, occorrendo un interesse economicamente e giuridicamente apprezzabile non coincidente con la logica in sé dell'operazione interna al gruppo d'impresa.

Sempre in sintonia con l'impostazione in esame, la Corte di cassazione ha chiarito che «la prestazione richiesta ai sindaci di una società è connotata da un così elevato grado di discrezionalità tecnica da farla talvolta rientrare nelle cosiddette «obbligazioni di diligenza», nelle quali la strumentalità della prestazione ad un certo risultato fa sì che il criterio della diligenza a tal fine occorrente serva a determinare l'area del comportamento dovuto», con il corollario che «la diligenza a tal fine occorrente, come richiesto dall'art. 1176, comma 2, c.c. è quella correlata alla natura dell'attività da loro esercitata»⁽⁶³⁾.

Nel solco di queste indicazioni nomofilattiche, la giurisprudenza di merito ha soggiunto che i sindaci, pur non potendo «ingerirsi nelle decisioni di stretta spettanza dell'organo amministrativo», sono comunque tenuti a «verificare la correttezza del procedimento decisionale attraverso cui quelle decisioni sono prese» e ad accertare «se esse siano assunte con quel grado minimo di diligenza e professionalità che, lungi dall'investire la sfera di discrezionalità degli amministratori, costituisce per costoro l'oggetto di un vero e proprio obbligo legale»⁽⁶⁴⁾. E sempre in applicazione di tali principi si è precisato che, «benché non possa ritenersi compito del collegio sindacale verificare la correttezza delle valutazioni poste in essere dagli amministratori, rientra nei poteri e nei doveri dei sindaci verificare che le valutazioni predisposte a supporto di operazioni straordinarie siano conformi ai criteri dettati dal legislatore»⁽⁶⁵⁾, così come «monitorare il rispetto delle norme tributarie e previdenziali», dovendo accertare «non solo la presenza di personale interno e di consulenti esterni, ma anche il funzionamento di procedure che assicurino la tempestività e la regolarità degli adempimenti»⁽⁶⁶⁾.

Sul piano operativo è peraltro dato di comune esperienza che la ricomposizione fra i principi e le affermazioni teoriche ora richiamati, da un lato, e il ruolo che i sindaci sono oggi tenuti a svolgere in funzione della vigilanza, dall'altro, risulta in concreto non sempre agevole. Ferma restando l'estraneità dell'organo di controllo al profilo propriamente valutativo della scelta gestoria (in ciò la sostanziale differenza con l'istituto degli amministratori indipendenti e la comprensibile difficoltà degli operatori degli ordinamenti anglosassoni a misurarsi con le peculiarità del nostro istituto), il dovere dei sindaci di vigilare sulla rispondenza degli atti amministrativi ai principi di corretta amministrazione (e segnatamente sull'adeguatezza degli assetti e sul loro concreto funzionamento) postula necessariamente un esame dei processi decisionali

⁽⁶³⁾ Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538.

⁽⁶⁴⁾ Così App. Milano, 14 ottobre 1994, in *Le Società*, 1995, p. 390.

⁽⁶⁵⁾ Trib. Roma, 20 febbraio 2012, in *Le Società*, 2012, p. 711, per il quale il collegio dovrebbe condurre tale verifica «attraverso richieste di integrazione della documentazione posta a supporto di dette operazioni».

⁽⁶⁶⁾ Trib. Milano, 6 ottobre 2009, in *Giur. it.*, 2012, p. 867.

sottesi alle valutazioni e alle conseguenti decisioni degli amministratori: opzioni che attengono al merito della gestione e che rientrano nella sfera di discrezionalità propria (ed esclusiva) dell'organo amministrativo, ma che per effetto dell'instaurazione di una corretta dialettica organica, possono poi risultare nei fatti significativamente influenzate dall'organo di controllo ⁽⁶⁷⁾.

Proprio in tale profilo risiede la forza del nostro sistema di *governance*, che mira a *prevenire* più che a registrare eventi dannosi, la cui effettiva efficacia si misura nella capacità dei sindaci di venire a conoscenza e, soprattutto, di dissuadere un'attività amministrativa giudicata non rispondente ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale. È un ruolo fermo e "mite", quello del collegio sindacale, che sembra richiamare la funzione di virtuoso "pungolo gentile" evocato dalle più moderne teorie di politica economica alle quali è dichiaratamente ispirata l'attuale amministrazione americana ⁽⁶⁸⁾.

Si tratta di un intervento persuasivo e/o dissuasivo che era e resta comunque fondato su una *valutazione di conformità* degli atti e procedimenti in cui si articola la gestione della società *rispetto alle norme e ai principi preordinati alla tutela dell'interesse protetto*: dunque un'attività collaborativa diretta a mantenere l'operato dei gestori nei binari della corretta amministrazione; e, se del caso, a reindirizzare quelle scelte, quegli assetti e quei processi decisionali che ne siano decampati ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Entro questi limiti può condividersi il principio enunciato da Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *Le Società*, 1998, p. 1025, con nota di G. DOMENICHINI, *In tema di doveri e responsabilità dei sindaci*, secondo cui «un controllo di pura convenienza degli atti di gestione, ancorché sia configurabile un dovere dei sindaci di compiere verifiche in tale direzione e di darne contezza nei modi previsti dal quinto comma dell'art. 2403, non potrebbe essere fonte di responsabilità concorrente dei sindaci, ai sensi del secondo comma dell'art. 2407, quando l'applicazione della *business judgement rule* porta ad escludere la responsabilità per gli stessi amministratori».

⁽⁶⁸⁾ Il riferimento è a R.H. THALER – C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Tale, 2008 (ed. it.: *Nudge. La spinta gentile*, Milano, 2009). Sul ruolo cooperativo del collegio sindacale cfr. L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo*, cit., p. 57; P. BENAZZO, *Controlli interni*, cit., p. 385; M. CERA, *I controlli nelle società di capitali chiuse fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 364 ss.

⁽⁶⁹⁾ Come ha chiarito la giurisprudenza, il controllo sull'amministrazione ad opera del collegio sindacale ha per oggetto la «rilevazione di comportamenti che, concretandosi nella verifica della rispondenza degli atti di gestione alle regole giuridiche che li governano, rientrano in un controllo di legalità»: Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, cit.

11.9. Ancora sul rapporto tra collegio sindacale e comitato controllo e rischi

In tal modo non si intende sottovalutare l'importante evoluzione che il nuovo quadro normativo segnala rispetto all'originaria configurazione delle funzioni del collegio sindacale, il cui intervento veniva realizzato sovente soltanto *ex post*, con carotaggi episodici o comunque campionari e finalizzato ad avvertire i soci delle eventuali infedeltà o negligenze degli amministratori.

L'organo di controllo risulta invero in grado di indirizzare la gestione verso principi di correttezza sostanziale, con ciò finendo per svolgere un'attività non solo *sussidiaria*, ma finanche *complementare* rispetto all'azione degli amministratori ⁽⁷⁰⁾. Pur rimanendo nella sfera della vigilanza, come tale estranea alla formazione dei contenuti della *gestione* propriamente detta (affidata in via esclusiva agli amministratori), il collegio sindacale finisce inevitabilmente per essere coinvolto nell'esame di aspetti intrinseci al funzionamento e all'organizzazione della società, partecipando così, più incisivamente rispetto al passato, al governo societario.

La nuova disciplina concorre indubbiamente a rafforzare quell'orientamento "antiformalistico" dei compiti dell'organo di controllo, già affermatosi in giurisprudenza e in dottrina, che nel corso del tempo ha arricchito di contenuti i doveri del collegio sindacale lungo una linea interpretativa volta a sottolineare la natura sostanziale dell'approccio da adottare. E un'indicazione in tal senso pare anche desumersi dalla stessa direttiva 43/2006/CE, nei cui «considerando» si legge che l'organo di vigilanza deve «contribuire a minimizzare i rischi finanziari, operativi e di inosservanza delle disposizioni e accrescere la qualità dell'informazione finanziaria», operando in correlazione a un efficace sistema di controllo interno ⁽⁷¹⁾.

È partendo da queste premesse che i distinti, ma convergenti, compiti assegnati, per un verso, all'organo di controllo e, per altro verso, al comitato per il controllo interno all'organo amministrativo possono dar luogo a sinergie positive, anziché a improprie duplicazioni, nell'ambito di quei doveri di cooperazione interorganica che

⁽⁷⁰⁾ B. LIBONATI, *Amministrazione e controllo*, cit., p. 256 ss., per il quale «le funzioni del collegio sindacale sono orientate all'osservanza dei principi di corretta amministrazione, anche in una prospettiva *ex ante*». Per interessanti sviluppi di questa impostazione si veda L. FURGIUBLE, *La responsabilità da controllo*, in *Il collegio sindacale*, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, cit., p. 431 ss.

⁽⁷¹⁾ Così il «considerando» n. 24; e sul punto si veda già A. PROVASOLI, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni dopo il d.lgs. 39/2010*, in AA.VV., *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate*, cit., p. 113 ss., ove opportunamente si sottolinea come l'effettività di tale sistema di controllo interno non sia soltanto funzionale a un puntuale ed effettivo svolgimento dei compiti assegnati dalla legge ai sindaci, ma sia altresì divenuta *oggetto* del monitoraggio da parte degli stessi quali componenti del «comitato per il controllo interno» ex art. 19 d.lgs. 39/2010.

già connotavano il sistema "policentrico" dei controlli delineato dal testo unico della finanza e che sono stati successivamente estesi a tutte le società azionarie dalla riforma del diritto societario ⁽⁷²⁾.

Al riguardo già si era posto in rilievo che «la concorrenza dei poteri – si pensi all'amministratore indipendente e al sindaco o al componente del comitato *audit* e al revisore – stimola, o quanto meno dovrebbe stimolare un processo virtuoso, teso verso comportamenti di più intenso rigore, per non incorrere nel rischio che l'attivazione dell'organo concorrente possa essere imputata come negligenza all'altro organo parimenti competente in materia» ⁽⁷³⁾.

Alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. n. 39/2010, si può aggiungere che tali potenziali sinergie, per essere effettivamente valorizzate, richiedono l'introduzione di procedure che garantiscano un raccordo funzionale e, prima di tutto, un adeguato flusso informativo tra collegio sindacale e comitato per il controllo interno ⁽⁷⁴⁾.

Sotto tale profilo, assume un peculiare rilievo l'evoluzione autoregolamentare, che ha visto prima la raccomandazione della partecipazione del presidente del collegio sindacale o di altro membro da lui delegato ai lavori del comitato per il controllo interno ⁽⁷⁵⁾, ed oggi la sollecitazione ad estendere la partecipazione *di tutti i sindaci* alle riunioni del "nuovo" comitato controllo e rischi ⁽⁷⁶⁾.

In questa prospettiva, deve raccomandarsi la programmazione di incontri tra i due organi, di scambi di informazioni anche documentali, in modo da sviluppare al

⁽⁷²⁾ Per una ricostruzione delle disposizioni che formano il tessuto sistematico dei doveri di collaborazione interorganica che il legislatore pone alla base del sistema di governo delle società azionarie, si veda P. MONTALENTI, *L'amministrazione*, cit., p. 629.

⁽⁷³⁾ P. MONTALENTI, *ibidem*, ove si ritiene di trarre conferma anche dall'esperienza pratica dell'assunto per il quale, «di là dalle vere e proprie confusioni di ruoli, che sono da rifuggire, la contiguità o la parziale concorrenza delle competenze, soprattutto di vigilanza, configuri un sistema di controllo policentrico, il quale attraverso la "sanzione" (potenziale) della responsabilità "concorrente", induce – o dovrebbe indurre – a paradigmi più rigorosi di adempimento delle funzioni assegnate»; e si veda altresì G. OLIVIERI, *I controlli «interni»*, cit., p. 411 ss.

⁽⁷⁴⁾ P. MANZONETTO, *Il collegio sindacale nel sistema dei controlli interni*, cit., p. 123, ove si sottolinea come tale raccordo si inquadri, costituendone un profilo qualificante, «nell'ambito di un più generale principio di razionalità nel funzionamento del sistema dei controlli societari».

⁽⁷⁵⁾ Così il Criterio 8.C.4 di cui al previgente Codice di autodisciplina di Borsa Italiana.

⁽⁷⁶⁾ In tal senso il Criterio 7.C.3 del Codice di autodisciplina (2011) di Borsa Italiana. E si veda anche, per il comitato remunerazioni, la corrispondente previsione di cui al Commento all'art. 6. In questa direzione si era orientata la *best practice*, avendo alcune delle emittenti anticipato la nuova impostazione, prevedendo già nei loro regolamenti che tutti i componenti del collegio sindacale potessero partecipare alle riunioni del comitato *audit*.

massimo le sinergie professionali, nel rispetto delle diverse competenze e soprattutto dei diversi ruoli ⁽⁷⁷⁾.

Alla luce di tali premesse sembra confermata la conclusione che la disciplina introdotta dal d.lgs. 39/2010 non implica la costituzione di un *nuovo organo*, se non per le pochissime società qualificabili come enti d'interesse pubblico e tuttavia eccezionalmente sprovviste del collegio sindacale; e neppure l'introduzione di *nuovi processi* all'interno degli enti che già presentino assetti adeguati ed efficaci. La norma di fonte comunitaria viene piuttosto a precisare e rendere più pregnanti i doveri già imposti dalla disciplina previgente al collegio sindacale, chiamato ora al delicato, e fondamentale, compito di coordinare il sistema dei controlli, prevenendo conflitti di competenza negativi tra gli attori di tale sistema e traducendoli in contiguità sinergiche, pur nella perdurante distinzione dei ruoli, delle prospettive e delle competenze istituzionali e professionali di ciascuno di essi.

E ciò nel rispetto dei diversi ruoli e responsabilità dei coprotagonisti del «sistema di controllo interno e di gestione dei rischi», che – come ora chiarito dalla nuova versione del Codice di autodisciplina – «coinvolge, ciascuno per le proprie competenze: a) il consiglio di amministrazione, che svolge un ruolo di indirizzo e di valutazione dell'adeguatezza del sistema e individua al suo interno: (i) uno o più amministratori, incaricati dell'istituzione e del mantenimento di un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (...), nonché (ii) un comitato controllo e rischi, avente le caratteristiche indicate nel principio 7.P.4, con il compito di supportare, con un'adeguata attività istruttoria, le valutazioni e le decisioni del consiglio di amministrazione relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, nonché quelle relative all'approvazione delle relazioni finanziarie periodiche; b) il responsabile della funzione di *internal audit*, incaricato di verificare che il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi sia funzionante e adeguato; c) gli *altri ruoli e funzioni aziendali* con specifici compiti in tema di controllo interno e gestione dei rischi, articolati in relazione a dimensioni, complessità e profilo di rischio dell'impresa; d) il *collegio sindacale*, anche in quanto comitato per il controllo interno e la revisione contabile, che vigila sull'efficacia del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi» ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ E si veda il Commento all'art. 8 del Codice di autodisciplina (2011) di Borsa Italiana, ove si «raccomanda (...) un costante scambio di informazioni tra il collegio sindacale e gli organi e le funzioni che nell'ambito dell'emittente svolgono compiti rilevanti in materia di controlli interni».

⁽⁷⁸⁾ Codice di autodisciplina (2011) di Borsa Italiana, Principio 7.P.3.

11.10. Collegio sindacale e comitato per le operazioni con parti correlate

Un ulteriore elemento coesistente nell'assetto organizzativo e amministrativo delle società quotate è rappresentato dal comitato di amministratori indipendenti previsto dal regolamento in materia di operazioni con parti correlate emanato dalla Consob in attuazione dell'art. 2391-bis c.c. Infatti, sebbene il regolamento 17221/2010 non imponga di costituire appositamente un organo *ad hoc* ⁽⁷⁹⁾, pare assolutamente condivisibile l'esigenza – immediatamente sottolineata in dottrina – di «conferire un certo carattere di "naturalità" (nel senso di giudice naturale) al comitato» ⁽⁸⁰⁾.

L'istituzione di tale comitato si iscrive nell'ambito di un progetto di politica legislativa diretto ad accentuare – in ragione della peculiare delicatezza e "pericolosità" delle operazioni con parti correlate – il ruolo della componente indipendente dell'organo amministrativo, che viene chiamata a partecipare alla formazione della decisione sin dalla sua fase istruttoria al fine di un più incisivo esame e una più ponderata valutazione delle proposte presentate in tale ambito dagli amministratori esecutivi ⁽⁸¹⁾.

Se viene rafforzata in tal modo la dialettica interna all'organo con funzione di gestione e di indirizzo strategico, va sottolineato che l'organo di controllo resta per contro estraneo alla fase propriamente decisionale, limitandosi a un monitoraggio sul rispetto delle peculiari prescrizioni e della più complessa articolazione di tale processo contemplati dal regolamento e variabili in ragione della rilevanza dell'operazione stessa. Si tratta dunque di una vigilanza puramente *ab externo* che si appunta sulla correttezza dell'*iter* procedimentale seguito e delle motivazioni addotte dall'organo amministrativo, nelle sue varie articolazioni; e che, in quanto tale, non può decampare in valutazioni che incidano sul merito, e in particolare sulla convenienza o sulle probabilità di successo dell'operazione.

Sul punto la scelta di campo compiuta dal regolatore è stata infatti chiaramente diretta, da un lato, ad enfatizzare il ruolo degli amministratori indipendenti all'interno del consiglio e, dall'altro, a richiedere all'organo di controllo di «vigila[re] sul-

⁽⁷⁹⁾ Come si evince dall'art. 7 regolamento Consob 17221/2010, che parla di comitato «anche appositamente costituito».

⁽⁸⁰⁾ M. STELLA RICHTER jr., *Regole delle procedure per le operazioni con parti correlate e modificazioni statutarie conseguenti*, in *Le operazioni con parti correlate*, a cura di V. Cariello, cit., p. 57 ss. E si veda ora più ampiamente, in questa stessa opera, le pagine dedicate al tema da G. Guizzi.

⁽⁸¹⁾ E si vedano i rilievi di L. ENRIQUES, *Breve commento sulla «natura» e i ruoli degli amministratori indipendenti* e di G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, entrambi in *I controlli societari*, a cura di M. Bianchini e C. Di Noia, cit., p. 41 ss. e p. 50 ss. Di quest'ultimo Autore si veda già le riflessioni svolte, con largo anticipo, in *Controlli interni e strutture di governo societario*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 418 ss.

la conformità delle procedure adottate ai principi indicati nel presente regolamento nonché sulla loro osservanza e ne riferisce all'assemblea» ⁽⁸²⁾.

E se è vero che la Consob sembra richiedere una «*valutazione* del collegio sindacale» sulle operazioni con parti correlate nella comunicazione 24 settembre 2010, n. 10078683, in quello stesso documento viene tuttavia immediatamente precisato che tale «*valutazione*» deve appuntarsi «sul rispetto delle procedure medesime in occasione dell'approvazione delle singole operazioni» ⁽⁸³⁾.

Si tratta di un giudizio sulla trasparenza e sulla correttezza non solo formale-procedurale, ma anche *sostanziale* delle operazioni con parti correlate. Quest'ultimo profilo – espressamente evocato dall'art. 2391-bis c.c. ⁽⁸⁴⁾ – implica che il vaglio dell'organo di controllo non possa stemperarsi in una mera presa d'atto dell'esistenza di una motivazione "apparente" nel giudizio espresso dal comitato a ciò preposto, ma deve riguardare anche la congruità, ragionevolezza e coerenza delle argomentazioni svolte – dal comitato, prima, e quindi dal consiglio nel suo *plenum* – a sostegno delle conclusioni raggiunte; conclusioni che, a loro volta, devono risultare in linea sia con quanto emerso nel corso delle varie riunioni alle quali il collegio (o, almeno, alcuni dei suoi componenti) avrà partecipato, sia con le risultanze dei pareri resi dai consulenti esterni indipendenti incaricati dallo stesso comitato per le operazioni con parti correlate ⁽⁸⁵⁾. A tal fine, occorre predisporre flussi informativi adeguati per consentire al collegio di ricevere tempestivamente notizia delle operazioni, così da monitorarne l'evoluzione dalla fase preparatoria, all'assunzione dei pareri prodromici alle relative decisioni, sino all'esecuzione delle stesse: altrettanti anelli di un procedimento sullo svolgimento del quale l'organo potrà in tal modo compiutamente riferire all'assem-

⁽⁸²⁾ Così l'art. 4, comma 6, regolamento.

⁽⁸³⁾ Comunicazione Consob 24 settembre 2010, n. 10078683, che peraltro riconosce la possibilità che il collegio sindacale assolva al ruolo del comitato – quale «presidio equivalente» – nell'ipotesi di società i cui consigli non contemplino la presenza di almeno due amministratori indipendenti non correlati nell'operazione. Tale previsione parrebbe confermare che solo in quest'ultimo caso il compito dei sindaci può spingersi sino ad una valutazione *ab interno* del merito dell'operazione.

⁽⁸⁴⁾ Per il quale le regole in materia «assicurano la trasparenza e la correttezza *sostanziale* e procedurale delle operazioni con parti correlate».

⁽⁸⁵⁾ Da questo punto di vista, potrebbe risultare riduttivo il passaggio della citata Comunicazione Consob 24 settembre 2010, n. 10078683, ove si afferma che il monitoraggio del collegio sindacale sulle operazioni con parti correlate tende a tradursi essenzialmente in «*valutazioni condotte ex post*»: l'intervento dell'organo di controllo ben potrebbe – e dovrebbe – infatti essere anticipato alla fase istruttoria per verificare *ex ante*, durante il progredire del processo decisionale, che quest'ultimo si collochi entro i binari indicati dal Regolamento e dalle procedure approvate dall'emittente, reindirizzandolo entro tali binari ove si siano omesse alcune delle fasi o degli adempimenti procedurali e pubblicitari ivi prescritti.

blea dei soci ⁽⁸⁶⁾. In questo quadro, l'organo di controllo è destinato a svolgere un ruolo di indiscusso rilievo nella fase iniziale ed in quella finale della procedura. Il collegio dovrà infatti essere coinvolto *ab initio* nella qualificazione dell'operazione (di maggiore o minore rilevanza, ordinaria, urgente, infragruppo e tramite società controllate) e, più in generale, nella valutazione della sussistenza dei presupposti legittimanti le esenzioni contemplate dalla legge e/o dalla procedura interna; mentre nella fase esecutiva dovrà, da un lato, accertare l'effettiva presenza delle eventuali condizioni alle quali il Comitato per le operazioni correlate abbia in ipotesi condizionato il rilascio del suo parere positivo e, dall'altro, verificare la puntuale e rigorosa attivazione dei presidi contrattuali contrattualmente contemplati a tutela della società nei confronti della controparte correlata.

Resta peraltro fermo che l'aggettivo «sostanziale» va pur sempre riferito al sostantivo cui è apposto: il collegio è comunque chiamato a vigilare sulla *correttezza* dell'operazione con la parte correlata, e non sulla «sostanza» della stessa, intesa come merito, e tanto meno come convenienza.

La disciplina speciale delle operazioni con parti correlate sembra in tal modo ribadire la diversa posizione assunta dall'organo di controllo rispetto all'organo amministrativo, anche su questo fronte. Se entrambi sono chiamati a un attento riscontro della correttezza dell'operazione, che, proprio in quanto sostanziale, non può limitarsi «ad un rispetto pedissequo e formalistico di istruttoria documentale, pareri professionali, *opinions* di comitati indipendenti» ⁽⁸⁷⁾, soltanto gli amministratori possono procedere – con l'ausilio dell'apposito comitato per le operazioni con parti correlate e degli *advisor* da quest'ultimo eventualmente nominati – a quella valutazione della convenienza intrinseca e delle possibili alternative ipotizzabili, anche alla luce delle finalità effettive dell'operazione, che è invece certamente preclusa ai sindaci poiché decampa dalla funzione di vigilanza propria del collegio ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁶⁾ E ciò, in primo luogo, in sede di relazione *ex art.* 2429 c.c. Per l'esercizio di tale potere-dovere, il collegio potrà avvalersi delle funzioni di controllo interno della società, richiedendo specifici approfondimenti o riscontri da consulenti indipendenti: e si veda l'art. 8 delle Procedure per la gestione delle operazioni con parti correlate di Unicredit s.p.a.

⁽⁸⁷⁾ P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni*, cit., p. 52.

⁽⁸⁸⁾ Problema diverso è se i sindaci possano essere chiamati a concorrere alla nomina dei consulenti indipendenti: si veda in tal senso la Procedura per la disciplina delle operazioni con parti correlate di Edison s.p.a., il cui art. 10.2 dispone che, nelle ipotesi in cui i componenti del «Comitato Indipendenti» risultino correlati nell'operazione, si procederà – quale «presidio equivalente» – alla nomina di un «Esperto Indipendente» ad opera «del Presidente del Consiglio di Amministrazione e dall'Amministratore Delegato», soggiungendosi che, in «caso di mancato accordo» tra questi ultimi, «l'Esperto Indipendente è nominato dal Collegio Sindacale, con delibera adottata con il voto favorevole di almeno due sindaci».

In tale prospettiva si iscrivono anche le recenti *Norme di comportamento del collegio sindacale di società quotate*, in corso di elaborazione ad opera di una commissione promossa dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, ove si afferma che «il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza delle procedure adottate dal consiglio di amministrazione per la regolamentazione delle operazioni con parti correlate, nonché sulla conformità delle stesse alle norme di legge e regolamentari. Nell'ambito del compimento di operazioni con parti correlate, il collegio sindacale vigila sull'osservanza delle regole procedurali adottate dal consiglio di amministrazione, nonché sul rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di informazione al pubblico» ⁽⁸⁹⁾.

Il commento esplicativo alla stessa previsione così sintetizza, operativamente, i doveri del Collegio sindacale in relazioni alle operazioni con parti correlate: «a) vigilanza sulla composizione del comitato degli amministratori indipendenti; b) vigilanza sul tempestivo coinvolgimento dello stesso comitato; c) verifica del motivato parere del comitato sull'interesse della società al compimento dell'operazione, nonché sulla convenienza e correttezza sostanziale delle condizioni applicate; d) verifica del regolare e tempestivo flusso di informazioni agli organi competenti; e) verifica della corretta classificazione delle operazioni qualificate come ordinarie, oppure rientranti nei casi di esclusione dalla procedura, normativamente previsti».

Tali indicazioni confermano comunque che il ruolo attribuito al collegio sindacale dall'art. 2391-bis c.c. e dal regolamento Consob non si discosta da quello di vigilanza sui principi di corretta amministrazione, previsto in via generale dal Codice civile e dal Testo unico della finanza; al punto da ritenere che le specifiche – e, a ben vedere, marginali – prescrizioni dettate con riferimento all'organo di controllo dal primo risultino finanche ridondanti, in quanto già desumibili dal dovere di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione enunciato dai secondi.

11.11. Collegio sindacale e organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001

Un ulteriore elemento di razionalizzazione e semplificazione del sistema dei controlli è rappresentato dalla possibile attribuzione al collegio sindacale (e ai corrispondenti

⁽⁸⁹⁾ Così la Norma Q.3.11. delle Norme di comportamento dei sindaci delle società quotate, emanate da una commissione insediata dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, di cui si è avuto occasione di far parte come esperto esterno, e alla cui elaborazione hanno partecipato rappresentanti (tra gli altri) di Consob, Confindustria, Assogestioni, Assonime e Assirevi; le Norme sono state poste in consultazione nel luglio del 2012 e sono attualmente in attesa di definitiva approvazione.

organi di controllo dei sistemi alternativi) della funzione di organismo di vigilanza di cui al d.lgs. 231/2001⁽⁹⁰⁾.

Alla luce di tale espressa indicazione normativa, la scelta di attribuire le funzioni di organismo di vigilanza all'organo sindacale – sino a ieri vista con perplessità dalla maggior parte degli interpreti⁽⁹¹⁾ – deve oggi ritenersi, in linea di principio, perfettamente legittima. Va peraltro immediatamente soggiunto che la nuova disposizione non presuppone – e tanto meno implica – una generalizzata presunzione di adeguatezza del modello che concentri le funzioni proprie dell'organismo di vigilanza in capo ai sindaci, demandando tale valutazione ai competenti organi degli enti, i quali sono pertanto chiamati a verificare se l'attribuzione di tali delicate funzioni all'organo di controllo interno sia compatibile con la complessità dell'impresa e la tipologia dei rischi da reato cui è esposta.

Si impone dunque un attento scrutinio sull'opportunità di accedere alla nuova opzione introdotta dal legislatore, che gli organi sociali devono operare con la massima attenzione avuto riguardo all'efficacia complessiva del modello di prevenzione dei reati e che andrà necessariamente condotto in concreto, alla luce della peculiare configurazione dell'ente.

Va ancora sottolineato come la nuova regola si ponga su un piano – e rifletta una logica – profondamente diversi rispetto al precetto che immediatamente la precede, ovvero il comma 4 dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, che prevede che «negli enti di piccole dimensioni i compiti [dell'organismo di vigilanza], possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente». A differenza di quanto avviene per l'organo gestorio, ai fini della convergenza delle funzioni di organismo di vigilanza nell'organo di controllo non risulta invero dirimente la dimensione dell'impresa: come conferma la possibilità di tale concentrazione di ruoli anche nelle società quo-

⁽⁹⁰⁾ Tale possibilità è riconosciuta dal nuovo comma art. 4-bis introdotto nell'art. 6 d.lgs. 231/2001 dalla l. 12 novembre 2011, a norma del quale nelle società di capitali le funzioni di organismo di vigilanza possono essere svolte dal collegio sindacale e, nei sistemi alternativi, dal consiglio di sorveglianza e dal comitato per il controllo della gestione.

⁽⁹¹⁾ Per una ricognizione "postuma" degli argomenti che inducevano a dubitare dell'idoneità del collegio sindacale allo svolgimento delle funzioni di organismo di vigilanza si veda M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012 e d.lgs. 231/2001: riflessioni sulla composizione dell'organismo di vigilanza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2012, n. 1, p. 123 ss., ove una critica alla soluzione legislativa per le sovrapposizioni nella funzione di controllo che può ingenerare, segnatamente nel settore dei reati societari, posto che i diversi organi possono astrattamente concorrere nel reato societario commesso dagli amministratori. Quanto invece al secondo ordine di motivazioni, fondato sulla pretesa carenza delle professionalità necessarie per un adeguato esercizio della funzione di controllo tipica dell'organismo e della continuità di azione richiesta dal d.lgs. 231/2001, si veda *infra* nel testo.

tate, espressamente riconosciuta dall'ultima versione Codice di autodisciplina⁽⁹²⁾, e la (addirittura tendenziale) immedesimazione postulata per le società bancarie dalle già citate *Disposizioni sul sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa*, poste in consultazione dalla Banca d'Italia nel settembre del 2012, per le quali l'ente avrebbe potuto discostarsi da tale regola soltanto in presenza di «particolari e motivate esigenze»⁽⁹³⁾.

Ad assumere un rilievo decisivo è piuttosto l'ampiezza del perimetro dell'area di rischio da reato e la sua maggiore o minore coincidenza con i profili oggetto della vigilanza istituzionale degli organi sociali deputati al controllo. In questa prospettiva, l'attribuzione delle funzioni dell'organismo al collegio sindacale (e ai corrispondenti organi di controllo interno dei sistemi alternativi) può risultare meno problematica in società operanti nei settori bancari, finanziari ed assicurativi⁽⁹⁴⁾ rispetto ad imprese industriali, nelle quali le aree di rischio decampano largamente dagli ambiti direttamente oggetto del controllo dei sindaci e presentano caratteristiche tali da rendere senz'altro preferibile la configurazione dell'organismo di vigilanza come struttura autonoma e distinta, dotata delle com-

⁽⁹²⁾ Il nuovo art. 8, emanato all'indomani della novella del d.lgs. 231/2001, demanda agli emittenti, «nell'ambito di una razionalizzazione del sistema dei controlli», la valutazione sulla «opportunità di attribuire al collegio sindacale le funzioni di organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001».

⁽⁹³⁾ Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, cit., nella cui versione definitiva si è tuttavia attenuata la formulazione originaria, disponendosi: «L'organo con funzione di controllo svolge, di norma, le funzioni dell'organismo di vigilanza – eventualmente istituito ai sensi della legge n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti – che vigila sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini della medesima legge. Le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito» (così la versione entrata in vigore il 3 luglio 2013 e destinata a divenire efficace dal 1° luglio 2014, mentre la versione originaria non contemplava l'inciso «di norma» e consentiva l'istituzione di un organismo *ad hoc* soltanto in presenza di «particolari e motivate esigenze»).

⁽⁹⁴⁾ È del resto significativo che, ben prima del Documento (e ora delle Disposizioni) di Banca d'Italia di cui alla nota precedente, una delle nostre principali banche, Intesa San Paolo già prevedesse che «l'Organismo di Vigilanza si identifica con il Comitato per il Controllo» istituito in seno al consiglio di sorveglianza e «composto da cinque membri effettivi in possesso dei requisiti di indipendenza richiesti dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana S.p.A.» («Modello di organizzazione, gestione e controllo», par. 3.2.1. ove si prevede che «il Consiglio di Sorveglianza nomina altresì tre membri supplenti, da individuarsi in tre soggetti esterni alla Banca in possesso dei requisiti indicati» nello stesso modello). Anche le principali società bancarie appartenenti al Gruppo Intesa San Paolo avrebbero proceduto (o, a quanto consta, starebbero procedendo) alla concentrazione delle funzioni di organismo di vigilanza in capo ai rispettivi collegi sindacali.

petenze professionali richieste da dottrina e giurisprudenza per lo svolgimento dei relativi compiti ⁽⁹⁵⁾.

In ogni caso, l'adozione della nuova opzione offerta dalla legge è destinata a determinare un ampliamento dei poteri ad esercizio doveroso del collegio sindacale, che non potrà riflettersi anche sulle risorse dell'organo di controllo, onde consentire un efficace svolgimento delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 6 d.lgs. 231/2001.

Tale arricchimento di funzioni si riflette anche sui requisiti professionali dei componenti del collegio e sulla intensità delle sue riunioni: nella prospettiva dell'idoneità del modello di prevenzione andrà infatti garantita la compresenza delle competenze pluridisciplinari e della continuità di azione dell'organo, alla luce delle nuove funzioni che è chiamato a ricoprire nella veste di organismo di vigilanza ⁽⁹⁶⁾. Ed è appena il caso di aggiungere che, in questo quadro, anche i compensi dei sindaci andranno adeguati in ragione dei nuovi compiti e delle nuove responsabilità ⁽⁹⁷⁾.

Quale che sia l'opzione prescelta in ordine alla configurazione dell'organismo di vigilanza, merita di essere sottolineato come, sul piano storico, il d.lgs. 231/2001, oltre a fondare un elemento centrale nell'architettura complessiva del sistema di controllo interno, abbia contribuito in modo significativo ad assecondare quell'evoluzione della *corporate governance*, in punto di controllo dei rischi, che è al centro di queste riflessioni, superando una visione prevalentemente atomistica del controllo, che affidava a funzioni specialistiche forme d'intervento meramente *re-attivo*, a favore di una concezione a più ampio spettro del governo dei rischi in termini *anticipatori* e *pro-attivi*, diretta a un'identificazione degli stessi prima della loro manifestazione e all'assunzione di scelte aziendali che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, piuttosto che soltanto a ridurre i rischi stessi: un sistema che trova il suo fondamento nella condivisione delle politiche di gestione dei rischi, definite dai vertici aziendali, tra tutti i responsabili, a tutti i livelli e in tutte le articolazioni organizzative ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ Occorre peraltro rifuggire da generalizzazioni, ove infatti si consideri come anche nelle società bancarie e finanziarie la partecipazione del responsabile *internal audit* o *compliance* ben potrebbe favorire un più stretto raccordo (in termini di suddivisione di attività e di condivisione di informazioni) con le funzioni di conformità alle norme e di revisione interna, rendendo più incisiva l'attività dell'organismo di vigilanza, che attiene in generale all'adempimento di leggi e regolamenti.

⁽⁹⁶⁾ Su quest'ultimo profilo sia consentito ancora il rinvio a N. ABRIANI - F. GIUNTA, *L'Organismo di Vigilanza*, cit., p. 256 ss.

⁽⁹⁷⁾ V.M. CARDIA, *Legge di stabilità 2012*, cit., p. 132.

⁽⁹⁸⁾ Per la valorizzazione della disciplina di cui al d.lgs. 231/2001 come punto di emersione di un generale dovere di auto-organizzazione dell'impresa, si veda la già citata Trib. Milano, 3 novembre 2010. In dottrina, R. VIGO, *Diligenza e colpa organizzativa in una «fonte privata»: i modelli di organizzazione e gestione (d.lgs. 8 giugno 2001, 231)*, in AA.VV., *Le fonti private del diritto commerciale*, a cura di V. Di Cataldo e P.M. Sanfilippo, Milano, 2008, p. 66 ss.; N.

A fianco di questa (ormai largamente condivisa) valutazione retrospettiva, si pone l'ulteriore, e più delicata, questione relativa ai corollari applicativi della segnalata evoluzione del diritto societario sulla disciplina della responsabilità da reato. Si tratta, in altre parole, di verificare se e in quale misura il nuovo diritto dei controlli societari si riverberi sulla ricostruzione dei modelli di prevenzione dei reati, imponendo di rivedere alcuni degli *idola theatri* che si sono radicati in sede di prima esegesi del d.lgs. 231/2001, e che tuttora sembrano condizionare il dibattito dottrinale e l'approccio giurisprudenziale.

Il più insidioso riguarda l'asserita facoltatività della predisposizione del modello e della istituzione dell'organismo di vigilanza. Per quanto tuttora assolutamente prevalente (in particolare nella dottrina penalistica), tale conclusione sembra sostenere una sovrapposizione di piani che vanno tenuti rigorosamente distinti: quello dell'*ente*, da un lato, e quello degli *organi sociali*, e dei loro doveri di corretta amministrazione, dall'altro. Se infatti dal primo angolo prospettico, e dunque per la persona giuridica, l'adozione del modello di prevenzione potrebbe tuttora qualificarsi (e salvo quanto si dirà nel paragrafo seguente) alla stregua un mero *onere* finalizzato a non incorrere nella responsabilità penal-amministrativa, il nuovo scenario normativo sopra richiamato sembra indicare chiaramente che gli amministratori non possono sottrarsi all'obbligo di verificare se l'ente da loro amministrato sia esposto al rischio di una propagazione di responsabilità.

Ciò non significa, peraltro, che vi sia un generale obbligo di predisporre il modello di prevenzione e, tanto meno, di istituire l'organismo di vigilanza. Emerge qui infatti un secondo, e parimenti ricorrente, equivoco; o, se si preferisce, una sorta di crasi logico-normativa. La costruzione del modello di prevenzione dei reati, quale contemplata dal d.lgs. 231/2001, si sostanzia in un processo di valutazione e gestione dei rischi: un procedimento a formazione successiva che si snoda attraverso più fasi poste in sequenza tra di loro e che vede "a monte" il censimento dei potenziali fattori criminogeni e delle aree di rischio e soltanto "a valle" la predisposizione del modello, con il relativo corredo di sanzioni disciplinari, e l'istituzione dell'organismo di vigilanza.

ABRIANI, *La responsabilità da reato degli enti: modelli di prevenzione e linee evolutive del diritto societario*, in *Società e modello «231»: ma che colpa abbiamo noi?*, a cura di N. Abriani, G. Meo e G. Presti, cit., p. 12 ss.; D. GALLETTI, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la corporate governance*, in *Giur. comm.*, 2006, n. 1, p. 129, secondo cui i modelli preventivi contemplati dal d.lgs. 231/2001 «attengono in realtà all'organizzazione dell'impresa, e non già della società, anche se la normativa si interessa apparentemente soltanto di enti, e dunque tralascia gli imprenditori individuali (...) quanto poi alla persone che non rivestono funzioni apicali, la loro esistenza è comune altresì alla struttura delle imprese individuali». E si veda anche, più di recente, I. KUTUPA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Liber amicorum Piras*, 2010, p. 718 ss.; C. PECORARO, *Sull'assetto organizzativo dell'impresa: a proposito di un recente révétement della giurisprudenza*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. impr.*, 2013.

L'obbligo che propriamente incombe sugli amministratori attiene alla *identificazione dei rischi* in relazione ai reati-presupposto che possono essere commessi a favore dell'ente, attraverso l'analisi delle modalità realizzative degli stessi e una definizione delle aree aziendali, dei processi e dei soggetti maggiormente esposti. Si tratta della c.d. mappatura dei rischi, normalmente considerata ai fini della messa a punto in concreto del modello e del suo perimetro applicativo, ma la cui rilevanza si può apprezzare, prima ancora, per definire *se*, con riferimento all'ente in questione, sussista effettivamente l'obbligo di provvedere alla predisposizione dello stesso.

Nelle ipotesi in cui tale (comunque doverosa) attività propedeutica conduca a un risultato tranquillizzante, in quanto i rischi suscettibili di determinare la propagazione di responsabilità a carico dell'ente risultino soltanto improbabili, l'organo gestorio potrà limitarsi a prenderne (e darne) atto, senza procedere oltre, salvo operare in futuro nuove verifiche, in relazione, da un lato, alle eventuali modificazioni delle dimensioni, dell'oggetto e della struttura dell'ente e, dall'altro, al sopravvenuto ampliamento normativo dei reati presupposto.

Qualora invece tale ricognizione preliminare riveli l'esistenza di aree di rischio, la predisposizione del modello costituirà un corollario ineludibile.

E ciò indipendentemente da una valutazione comparativa tra costi-benefici, che non può trovare cittadinanza con riguardo alla prevenzione del rischio di comportamenti illeciti rilevanti ai fini della propagazione della responsabilità dell'ente, e dalle dimensioni dell'ente, che rilevano unicamente ai fini della articolazione del modello e, in primo luogo, sulla ricordata possibilità, accordata appunto agli enti di più piccole dimensioni, di riservare l'esercizio delle funzioni dell'organismo di vigilanza allo stesso organo dirigente.

È peraltro evidente che, se si rivolta il tessuto normativo sopra schematicamente riassunto, e se ne considera per così dire non "la trama" bensì "l'ordito", la predisposizione del modello di prevenzione dei reati e l'istituzione di un vero e proprio organismo di vigilanza risulta obbligatoria in tutti gli enti di non piccole dimensioni che, per tipo di attività e struttura finanziaria ed organizzativa, presentino aree di rischio rilevanti ai fini della commissione di reati-presupposto. Il progressivo ampliamento di tale categoria di reati, e soprattutto la recente inclusione in tale ambito dei reati antinfortunistici, tende peraltro ormai ad imporre un'estensione della "mappatura dei rischi" alla totalità delle aree e attività aziendali che coinvolgano processi lavorativi e prodotti a rischio sotto il profilo della prevenzione della salute e sicurezza sul lavoro, così dilatando – e in misura significativa – la sfera degli enti i cui organi dirigenti non possono esimersi dalla predisposizione del modello di prevenzione dei reati.

Questi ultimi rilievi hanno degli immediati riflessi sui doveri dell'organo di controllo nel sollecitare l'adempimento da parte degli amministratori del dovere, che incombe su questi ultimi, di verificare l'inferenza probabilistica di determinati rischi di reato nell'ambito dell'attività d'impresa esercitata dall'ente.

L'omessa "mappatura" dei rischi costituisce dunque, di per sé sola, un inadempimento ascrivibile agli amministratori in termini di responsabilità, e, prima ancora, quale giusta causa di revoca *ex art.* 2383 c.c., quale grave irregolarità denunciabile ai sensi dell'art. 2409 c.c. e quale fatto censurabile suscettibile di essere segnalato all'organo di controllo ai sensi dell'art. 2408 c.c. E parimenti apprezzabile, sotto tutti i profili ora segnalati, sarà l'omessa o inadeguata predisposizione del modello ove da questa attività prodromica siano (o sarebbero) risultati sussistenti i presupposti che avrebbero imposto di provvedere in tal senso⁽⁹⁹⁾.

La mancata mappatura dei rischi, prima, e l'omessa predisposizione del modello di prevenzione, poi, oltre a costituire un inadempimento agli obblighi degli amministratori di predisporre assetti organizzativi adeguati, potrebbero configurare altresì un'omissione del dovere dell'organo di controllo di vigilare su tali assetti e sul loro concreto funzionamento.

L'inadeguata vigilanza e la mancata attivazione sul punto può pertanto esporre i sindaci a responsabilità e configurare nei loro confronti una giusta causa di revoca. Con riferimento a quest'ultimo profilo – che assume un peculiare rilievo per i membri del collegio sindacale, irrevocabili in difetto di giusta causa (a differenza dei componenti del consiglio di sorveglianza o del comitato per il controllo della gestione) – la deliberazione di revoca potrà trovare fondamento: (a) nell'omessa sollecitazione dell'attività preliminare di censimento delle aree di rischio; (b) nella mancata rilevazione della irragionevolezza o incongruità della valutazione tranquillizzante eventualmente data dall'organo gestorio rispetto agli esiti della stessa; (c) nella omessa sollecitazione dell'adozione del modello di prevenzione, ove risultasse inevitabile alla luce dei risultati della preliminare "mappatura"; (d) nella omessa verifica dell'adeguatezza del modello stesso e del suo aggiornamento (in particolare ove l'organismo di vigilanza avesse invitato gli amministratori a intervenire sul punto). Sollecitazioni che il collegio sindacale è tenuto a promuovere attivando quei poteri ad esercizio doveroso di intervento che la nuova disciplina accorda in misura sensibilmente rafforzata, tanto più apprezzabili in un contesto normativo, come quello del d.lgs. 231/2001, che mira a tutelare la proprietà dalla (e, al contempo, in caso di omissione, a coinvolgerla nella) responsabilità da propagazione di reato.

⁽⁹⁹⁾ Come conferma, in punto di responsabilità, quella giurisprudenza che ha condannato il presidente con funzioni delegate di una società di capitali priva del modello di prevenzione a risarcire all'ente i danni subiti – nella specie, in termini di sanzioni pecuniarie – per effetto della mancata attivazione del presidio penal-preventivo (così Trib. Milano, 13 febbraio 2008, n. 1774, in *Giur. comm.*, 2009, n. 1, p. 177, con nota di BUONOCORE).

11.12. Conclusioni e prospettive

Anche da queste ultime considerazioni esce rafforzato il ruolo del collegio sindacale quale presidio avanzato di un più corretto ed efficiente governo societario. Tale posizione trova ora una consacrazione nel nuovo Codice di autodisciplina, che assegna a tale organo il ruolo di «vertice del sistema di vigilanza» delle società quotate. E particolarmente significativo, nell'ambito delle considerazioni svolte, appare il riconoscimento in capo al collegio sindacale di «un compito di vigilanza anche preventiva e non meramente *ex post*, che si traduce in una verifica sui processi il cui esito va portato all'attenzione degli amministratori, affinché essi adottino le misure correttive eventualmente necessarie».

E sempre nel solco delle riflessioni sin qui condotte s'iscrive l'indicazione secondo la quale «il conseguente coordinamento con gli organi di gestione, anche delegati, è da ritenere compatibile con il ruolo di vigilanza sulla conformità (alle norme, allo statuto, alle procedure interne), tipicamente affidato al collegio sindacale, che lo differenzia in modo netto rispetto al consiglio di amministrazione e al comitato di controllo e rischi, i quali svolgono essenzialmente un ruolo di valutazione anche di merito sull'adeguatezza degli assetti e sull'andamento della gestione»⁽¹⁰⁰⁾.

Tale approdo costituisce, per le categorie professionali interessate, una straordinaria occasione, ma al contempo una sfida tanto impegnativa quanto ineludibile. E una prima risposta a tale sfida è ora offerta dalle Norme di comportamento del collegio sindacale delle società non quotate approvate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili⁽¹⁰¹⁾.

Questi principi sembrano infatti rivelare, sul piano che è loro proprio di regole di carattere deontologico, la piena consapevolezza del ruolo del "nuovo" collegio sindacale e del passaggio, in punto di controllo dei rischi, da una visione prevalentemente atomistica del controllo, che affidava a funzioni specialistiche forme d'intervento meramente *re-attivo*, a una concezione a più ampio spettro del governo dei rischi in termini *anticipatori*, diretta ad un'identificazione degli stessi prima della loro manifestazione e all'assunzione di scelte aziendali che portino ad accettare l'esposizione a rischi governabili, piuttosto che soltanto a ridurre i rischi stessi: un sistema che trova

⁽¹⁰⁰⁾ Codice di autodisciplina (2011) di Borsa Italiana, Commento all'art. 8.

⁽¹⁰¹⁾ Le norme (che si possono leggere, tra l'altro, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 231) costituiscono l'approdo finale di un lavoro biennale di un'apposita commissione, di cui l'autore di queste righe ha avuto l'onore di far parte. Un primo documento, posto in consultazione nell'agosto del 2010, è stato oggetto di rilievi da parte di consigli dell'ordine, associazioni di categoria, studiosi e professionisti del settore, delle cui osservazioni si è fatto tesoro nella versione finale. Negli ultimi mesi, la commissione ha proceduto, in una nuova e più vasta composizione all'elaborazione di Norme di comportamento dei sindaci delle società quotate, già richiamate *supra*, nota 89.

il suo fondamento sulla condivisione delle politiche di gestione dei rischi, definite dai vertici aziendali, tra tutti i responsabili, a tutti i livelli e in tutte le articolazioni organizzative.

In questa prospettiva le Norme di comportamento enunciano con chiarezza il principio che il collegio sindacale è tenuto, tra l'altro, a vigilare «sull'adeguatezza del sistema di controllo interno della società nell'ipotesi che sia istituita la funzione, valutandone il grado di indipendenza e di competenza alla luce della complessità dell'impresa, nonché i compiti ad essa assegnati e le modalità operative di esecuzione degli stessi»⁽¹⁰²⁾.

Le stesse Norme di comportamento, muovendo da una nozione di sistema di controllo interno elaborata alla luce delle definizioni fornite dalla professione contabile internazionale e nazionale⁽¹⁰³⁾, affermano che «un sistema di controllo interno risulta adeguato se permette la chiara e precisa indicazione dei principali fattori di rischio aziendale, ne consente il costante monitoraggio e la corretta gestione», soggiungendo che «il collegio sindacale può richiedere alla società» che «le modalità di svolgimento dell'attività di controllo interno consentano l'espressione di un giudizio complessivo sul sistema di controllo interno» e che «la funzione di controllo interno predisponga una pianificazione annuale dei propri interventi di controllo, nonché produca dei resoconti periodici (*report*) sulla attività svolta da illustrare al collegio sindacale in occasione di incontri periodici». Solo laddove l'attività di vigilanza dovesse rivelare significativi rischi d'inefficiente o inefficace gestione dei processi aziendali, di inadeguatezza del sistema di controllo interno, il collegio sindacale deve richiedere

⁽¹⁰²⁾ Così il Principio 3.5, nel cui Commento si precisa che «la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo espressamente previsto dall'art. 2403 c.c. deve essere esercitata anche tenendo in considerazione le caratteristiche della società oggetto di controllo, nonché la complessità del contesto in cui essa opera. In particolare, dovrebbe sussistere, come già chiarito, una relazione di interdipendenza tra le dimensioni aziendali e la struttura organizzativa della società. Ne consegue che il collegio deve valutare l'adeguatezza del sistema di controllo interno sulla base di un giudizio che tenga conto delle dimensioni aziendali, della complessità del settore in cui la società opera, nonché degli obiettivi che si propone di conseguire».

⁽¹⁰³⁾ Così ancora il Principio 3.5, per il quale «il sistema di controllo interno può essere definito come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi: (i) obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del management alle direttive ricevute e all'oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli *stakeholders*; (ii) obiettivi operativi, volti a garantire la efficacia e la efficienza delle attività operative aziendali; (iii) obiettivi di *reporting*, volti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati; (iv) obiettivi di conformità, volti ad assicurare la conformità delle attività aziendali alle leggi ed ai regolamenti in vigore».

all'amministratore incaricato del sistema di controllo interno l'adozione di un piano di azioni correttive, monitorandone la realizzazione nel corso dell'incarico.

Si è così giunti a un approdo che, se risulta oggi ampiamente condiviso, ben pochi avrebbero immaginato sino a pochi anni or sono. Eppure già a metà degli anni novanta un'autorevole dottrina prefigurava «il futuro del collegio sindacale» nella «funzione di sovrintendenza sui sistemi di controllo», soggiungendo, con la consueta lungimiranza: «il problema del mantenimento dell'autonomia organica del nuovo collegio sindacale pare di rilevanza secondaria rispetto a quella, assorbente, della individuazione del suo ruolo. Può il collegio sindacale scomparire come organo autonomo e la nuova funzione essere assolta da membri indipendenti del consiglio di amministrazione. Ma potrebbe pure il nuovo «collegio» continuare come organo a struttura autonoma rispetto al consiglio. Ciò che conta nell'una come nell'altra alternativa è comunque la indipendenza dei componenti, una professionalità adeguata (non necessariamente tecnico contabile), una «missione» ben definita, consistente nella organizzazione, guida, vigilanza dei sistemi interni di controllo gestionale, non filtrata e non mediata dal management»⁽¹⁰⁴⁾.

Se i successivi sviluppi di questa più recente stagione regolamentare e autoregolamentare, che si è qui cercato di sintetizzare, sembrano confermare quelle lucide previsioni, sono peraltro evidenti i limiti intrinseci a un'evoluzione puramente normativa, non accompagnata da una parallela svolta sul piano della coscienza professionale e della deontologia dei controlli.

Sotto questo versante piace qui ricordare le parole di un caro e compianto Maestro, il quale, proprio con riguardo alla disciplina dei controlli, ammoniva che «la innovazione normativa non è mai di risultato definitivo se non è accompagnata da una cultura che ne renda adeguata alla storia vivente l'interpretazione e l'applicazione», di talché l'efficacia dei sistemi di amministrazione dipende in larga misura dalla significatività e dalla valenza concreta dell'assetto collegiale del consiglio di amministrazione e della dialettica tra i componenti esecutivi, i consiglieri non esecutivi e l'organo di controllo, rivelandosi «tanto più rigorosa quanto più la gestione avvenga in discussione preventiva ed informazione collegiale»⁽¹⁰⁵⁾. In un quadro complessivo

⁽¹⁰⁴⁾ P. MARCHETTI, *Corporate governance e disciplina societaria vigente*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 418 ss., per il quale, «una volta assegnata esclusivamente ai revisori la funzione di controllo contabile ed una volta instaurata la funzione interna di controllo di gestione, si profila la «riconversione» dell'ibrida attuale figura del collegio sindacale e dei suoi compiti nella vigilanza, appunto, sui sistemi di controllo».

⁽¹⁰⁵⁾ B. LIBONATI, *Noterelle a margine*, cit., p. 301, ove l'osservazione che mentre un «CEO onnipotente e che non riferisce svuota di potenzialità il sistema», per contro un «dialogo e un confronto continui, di prospettiva industriale e di meritevolezza di ciò che si è compiuto, vale a dire di trasparenza dell'ufficio tramite un valido *insider control system*, consentono invece vigilanza efficace».

che vede, da un lato, rafforzato il ruolo di coordinamento organizzativo e di interazione informativa del presidente del consiglio di amministrazione e, dall'altro, ulteriormente responsabilizzati gli amministratori esecutivi nell'esercizio dei loro doveri di informazione transittiva verso gli altri consiglieri e l'organo di controllo⁽¹⁰⁶⁾.

Al contempo vanno sottolineati i rischi sottesi a interpretazioni esuberanti della disciplina progressivamente riformata, e in particolare della nuova veste di comitato per il controllo interno e la revisione contabile assunta dal collegio sindacale. Tale avvertimento ci riporta a quella ineludibile sfida alle professioni che si è già sopra evocata: sfida che in tanto può essere realisticamente affrontata e superata in quanto non si pretenda dall'organo di controllo interno, e in particolare dal collegio sindacale, l'impossibile, attraverso letture indebitamente estensive delle nuove funzioni affidate dalle disposizioni ora ricordate a tale organo: che sono per l'appunto eminentemente di vigilanza e anche di coordinamento, ma sempre in funzione della vigilanza sull'efficacia e l'effettivo funzionamento del sistema⁽¹⁰⁷⁾. Va soprattutto prevenuto il rischio che da questa evoluzione – che arricchisce, ma al contempo *precisa* gli obiettivi della vigilanza dei sindaci – si faccia discendere un'indebita propagazione delle responsabilità.

Il collegio sindacale, come si è detto, è organo definitivamente investito della funzione di coordinatore e, per così dire, di direttore dell'orchestra (ormai quasi mahleriana) dei coprotagonisti del sistema dei controlli; e, in quanto tale, deve essere in grado, per professionalità e indipendenza, di vigilare sull'adeguatezza e razionalità del complessivo assetto di controllo interno, a tal fine valorizzando le contiguità sinergiche dei vari attori che lo compongono e prevenendo gli evidenti rischi di lacune e di sovrapposizioni che in questo complesso reticolo possono presentarsi. Ma non può – e non deve – essere *uno, nessuno e centomila*.

⁽¹⁰⁶⁾ Per queste categorie si veda per tutti G. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori*, cit.; F. BARACHINI, *La gestione delegata nella società per azioni*, Torino, 2008. G. MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, Padova, 2012.

⁽¹⁰⁷⁾ Sotto tale versante conserva una sua attualità il monito di C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1929, p. 279, per il quale «l'opera dei sindaci è tutta di vigilanza e di tutela; essi non devono pigliar parte all'amministrazione. In questa completa astensione sta, secondo il pensiero legislativo, una condizione essenziale per il buon funzionamento della società».