

AURELIO MIRONE

***REGOLE DI GOVERNO SOCIETARIO E ASSETTI  
STATUTARI DELLE BANCHE TRA DIRITTO  
SPECIALE E DIRITTO GENERALE.***

2

---

2017

**ISSN 2282 - 667X**

**Direttore responsabile:** *Francesco Denozza*

**Editorial Board/Direzione scientifica:** *Pierre-Henri Conac, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Francesco Denozza, Stefan Grundmann, Carlo Ibba, Jonathan Macey, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

**Editorial Staff/Redazione scientifica:** *Alessio Bartolacelli, Elisabetta Codazzi, Chiara Garilli, Carmen Herrero Suarez, Corrado Malberti, Alessio Scano, Alessandra Zanardo*

**Referees/Revisione scientifica:** *Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Vincenzo Calandra Buonauro, Lucia Calvosa, Antonio Cetra, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, , Renzo Costi, Emanuele Cusa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Mario Libertini, Elisabetta Loffredo, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Renato Santagata, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigman*

Il presente lavoro è stato sottoposto ad un procedimento di revisione tra pari, secondo i criteri indicati nella *Nota per gli autori*

**REGOLE DI GOVERNO SOCIETARIO E ASSETTI STATUTARI DELLE BANCHE TRA DIRITTO SPECIALE E DIRITTO GENERALE**

AURELIO MIRONE (\*)

SOMMARIO: 1. Il percorso normativo della *governance* bancaria. – 2. Il ruolo della crisi finanziaria nell'evoluzione della disciplina e il rilievo dei fallimenti strutturali di mercato. Opportunità e rischi dei correttivi regolamentari. – 3. Le ragioni di specialità del settore e il confronto con il diritto societario generale. – 4. Tipologia delle regole speciali sull'organizzazione interna delle società bancarie e caratteristiche del potere regolamentare. – 5. Rilievo settoriale e rilievo societario della normativa regolamentare. – 6. Gli assetti interni. – 7. La scelta del sistema di amministrazione e controllo e il modello di disciplina per funzioni. – 8. Definizione dei ruoli e riparto delle competenze. – 9. Il divieto di funzioni esecutive per il presidente dell'organo di supervisione. – 10. La *diversity* nella composizione dell'organo di supervisione. – 11. Poteri, doveri e responsabilità degli amministratori non esecutivi. – 12. Spunti sulle funzioni dell'organo di controllo. – 13. I vincoli nella conformazione del sistema dualistico.

1. *Il percorso normativo della governance bancaria.*

La materia della *governance* bancaria ha visto, nell'ultimo decennio, un improvviso ed imponente sviluppo della produzione normativa, a partire (in Italia) dalle «Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche» emanate da Banca d'Italia il 4 marzo 2008, fino all'ultimo passaggio dell'Aggiornamento 6 maggio 2014 alla circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 (contenente le «Disposizioni di vigilanza per le banche»).

Tali sviluppi corrispondono ad una sempre crescente attenzione sul tema a livello internazionale, dato che la crisi finanziaria degli ultimi anni ha notoriamente rappresentato il principale motivo per cui, a livello mondiale e soprattutto europeo, si è innescato un movimento di ampia riforma delle regole preesistenti<sup>1</sup>, all'interno di un complessivo quadro di interventi volto a rafforzare la vigilanza sulle banche e la stabilità del sistema finanziario<sup>2</sup>.

---

(\*) Professore ordinario, Università di Catania, [aumirone@lex.unict.it](mailto:aumirone@lex.unict.it)

<sup>1</sup> Il legame tra la crisi finanziaria e gli interventi normativi oggetto del presente lavoro è un dato largamente acquisito da parte della dottrina (vedi, tra gli altri, K.J. HOPT, *Better Governance of Financial Institutions*, ECGI Working Paper n. 207/2013, in [ssrn.com](http://ssrn.com), 337 ss.), ed è espressamente citato nel considerando 53 della dir. 2013/36. Sul punto si tornerà *infra*, § 2.

<sup>2</sup> Accurate ricostruzioni del percorso normativo (e delle relative criticità) possono leggersi in R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo societario delle banche*, in *Le società commerciali: organizzazione, responsabilità e controlli*, a cura di M. Vietti, Utet giuridica, Milano, 2014, 209 ss.; e in V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza del diritto europeo sulla disciplina bancaria*, in [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it) (*paper* del 10 luglio 2015), 1 ss.

L'iniziativa, assunta com'è noto in sede di G20 e poi concretizzata nelle successive indicazioni del *Financial Stability Board (FSB)*<sup>3</sup> e del *Comitato di Basilea*<sup>4</sup>, ha trovato sbocco in Europa nella direttiva 2013/36/UE del 26 giugno 2013 (*CRD IV*)<sup>5</sup>, che ha dettato, tra l'altro (la direttiva ha infatti portata ben più ampia, avendo ad oggetto «norme sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale»), regole prescrittive sull'organizzazione interna delle banche, affidando alla *European Banking Authority (EBA)* il compito di emanare orientamenti applicativi<sup>6</sup>, in funzione dei successivi interventi da parte degli stati membri (art. 74, par. 3, dir. 2013/36).

Le *Guidelines on internal governance* dell'EBA (in realtà antecedenti alla stessa emanazione della direttiva, essendo state pubblicate il 27 settembre 2011, sulla base delega prevista nell'art. 1, punto 2, dir. 2010/76/UE, conferita al Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria) hanno così costituito di fatto il principale riferimento normativo utilizzato in sede nazionale<sup>7</sup>, e nel nostro ordinamento dalla Banca d'Italia, che ha riformato il sistema mediante il richiamato aggiornamento del 6 maggio 2014 alle Disposizioni di vigilanza per le banche (DV).

Di fatto, nonostante la disciplina speciale contenga numerose prescrizioni che incidono in modo pervasivo sull'organizzazione societaria delle banche, l'intervento è avvenuto senza un vero e proprio filtro da parte del legislatore nazionale (che ha in parte sopperito alle lacune nel t.u.b. mediante una serie di norme contenute nel successivo d.lgs. 12 maggio 2015, n. 72)<sup>8</sup>, in quanto la Banca d'Italia ha dato diretta attuazione alle prescrizioni europee mediante il “grimaldello” dell'art. 53, co. 1, lett. d), t.u.b., che le attribuisce il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto «il governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché i controlli interni e i sistemi di remunerazione e incentivazione»<sup>9</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>8</sup> In argomento, S. CICCHINELLI, *Il governo dell'impresa bancaria (riflessioni a margine del decreto legislativo n. 72 del 2015)*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, II, 423 ss.

<sup>9</sup> Sul carattere non scontato e inevitabile del percorso seguito in Italia, dal punto di vista della tecnica normativa, vedi G.B. PORTALE, *La corporate governance delle s.p.a. bancarie*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, Atti del convegno internazionale di studi – Venezia, 13-14 novembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016; ed in *Riv. soc.*, 2016 (da cui si cita), 48 ss. Cfr., inoltre, R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo* (nt. 2), 226, i quali ritengono che il ricorso all'art. 53 t.u.b. consenta il rispetto del principio della riserva di legge,

Il processo di produzione normativa che si è determinato in questa occasione conferma, pertanto, una linea di tendenza in atto da tempo, che comporta una significativa devoluzione del potere legislativo in ambito finanziario alle autorità di vigilanza, mediante accordi di tipo sovranazionale che di fatto neutralizzano la capacità di espressione del potere di legislazione primaria a livello nazionale<sup>10</sup>.

D'altra parte, la continua evoluzione della "normativa" internazionale richiede necessariamente un ampio ricorso allo strumento regolamentare in sede nazionale, come dimostrano i più recenti e prossimi interventi da parte dell'EBA<sup>11</sup> e della Banca Centrale Europea<sup>12</sup>.

Orbene, l'intervenuta creazione di un *corpus* normativo complesso e dettagliato che regola l'organizzazione interna delle banche, con particolare attenzione ai profili statutari e con portata talora derogatoria del diritto comune, ha acceso il dibattito – a livello nazionale ed internazionale – su diversi profili tra loro fortemente connessi.

Per un verso, infatti, si pone la questione se la regolamentazione di settore sia animata da logiche autonome e divergenti rispetto al diritto societario generale, dettate dalle indubbie particolarità del contesto bancario (sulle quali ci si soffermerà appresso, § 3 ss.), che impongono la considerazione di una gamma estesa d'interessi potenzialmente in conflitto con quello dei soci<sup>13</sup>; oppure se debba prevalere (o quanto meno privilegiarsi per

---

evidenziando come la modifica adottata con il d.lgs. 217/2012 abbia eliminato ogni eventuale dubbio rispetto al pieno potere per CICR e Banca d'Italia di emanare disposizioni aventi carattere generale in materia non solo di organizzazione amministrativo-contabile, ma anche di *governance* societaria in senso proprio. Il d.lgs. 72/2015 ha peraltro abolito le competenze del CICR in materia, ora interamente affidate alla Banca d'Italia. Le disposizioni del CICR sul governo delle banche (ai sensi del previgente art. 53 t.u.b.), che abilitavano il potere regolamentare (allora) sub-delegato della Banca d'Italia, in occasione dell'Aggiornamento alle DV del 6 maggio 2014, erano state a suo tempo emanate tramite l'intervento sostitutivo ministeriale d'urgenza ai sensi dell'art. 3, co. 2, t.u.b., con d.m. Economia 5 agosto 2004 (sulla base del quale erano state già formulate le prime disposizioni in materia di *governance* del 4 marzo 2008), tuttora in vigore. Sulla prevalenza delle (successive) *Guidelines EBA* rispetto ai criteri stabiliti nel d.m., vedi R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo* (nt. 2), 233 ss.

<sup>10</sup> Cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *L'influenza*, (nt. 2), 3 ss.

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

<sup>12</sup> Vedi, in particolare, il documento di consultazione in materia di requisiti degli esponenti bancari, ECB, *Draft Guide to fit and proper assessments*, novembre 2016 (termine per la consultazione scaduto il 20 gennaio 2017). Sul punto si tornerà *infra*, § 10. Sui confini tra i rispettivi poteri "regolamentari" dell'Autorità bancaria e della Banca centrale, vedi, in particolare, M. LAMANDINI, *Il diritto bancario* (nt. 6), 434 ss., il quale evidenzia il disallineamento esistente rispetto ai destinatari dei due meccanismi d'intervento (limitati nel secondo caso alle nazioni dell'Eurosistema). Sul difficile inquadramento dei poteri *lato sensu* regolamentari in capo alla BCE, vedi M. STELLA RICHTER, *A proposito di bank government, corporate governance e Single Supervisory Mechanism governance*, in *Dir. banc.*, 2016, 778 ss.

<sup>13</sup> Questa impostazione appare allo stato prevalente nella dottrina italiana (la letteratura internazionale, con l'eccezione forse di quella tedesca – per la quale deve in particolare richiamarsi l'importante volume di K. HOPT, G. WOHLMANNSTETTER, *Handbuch Corporate Governance von Banken*, 2° Aufl., Franz Vahlen – Beck, München, 2011 – è più attenta all'indagine sulla funzionalità delle più recenti soluzioni normative). Vedi, tra gli altri, sviluppando l'originaria posizione di G. FERRI sr., *La posizione dell'azionista nelle società esercenti un'impresa bancaria*, in *Banca e borsa*, 1975, I, 1 ss.; e in *Scritti giuridici*, vol. II, Esi, Napoli, 1990, 611 ss.; C. ANGELICI,

alcuni profili della disciplina) una lettura meno drastica, che intende la regolamentazione come adeguamento al contesto bancario delle generali istanze sottese alla *corporate governance* di diritto comune e finanche come possibile “laboratorio” – dovuto alla particolare attenzione del regolatore rispetto all’efficienza dei meccanismi organizzativi – di soluzioni esportabili (in via interpretativa o di *best practices*) al diritto comune<sup>14</sup>.

Per altro verso, si è alimentato un crescente dibattito sulla condivisibilità o meno di numerose scelte effettuate in sede europea e nazionale<sup>15</sup>, in ordine sia all’impostazione generale del sistema regolamentare – si pensi al modello di disciplina per funzioni e non per organi sociali oppure alle questioni inerenti il *trade-off* tra il sistema tradizionale e i sistemi alternativi di amministrazione e controllo (su cui ci si soffermerà *infra*, § 7 s.) – sia alle più importanti regole speciali introdotte dalla nuova disciplina (vedi *infra*, § 9 ss.). E tale profilo non può restare indifferente anche rispetto alla più generale opzione sulla pretesa “autonomia” del diritto societario delle banche, che merita di essere affrontato (anche) a partire dalla valutazione sulla intrinseca funzionalità delle più importanti e recenti opzioni normative.

## 2. *Il ruolo della crisi finanziaria nell’evoluzione della disciplina e il rilievo dei fallimenti strutturali di mercato. Opportunità e rischi dei correttivi regolamentari.*

L’attenzione ai profili organizzativi interni delle banche è emersa, in seguito alla crisi finanziaria, sulla base di studi e valutazioni secondo cui una delle cause delle insolvenze bancarie occorse a livello mondiale sarebbe rappresentata dall’eccessiva assunzione di rischi da parte di molti intermediari, a sua volta favorita (per lo meno) anche dalla presenza di regole organizzative inadeguate<sup>16</sup>, che avrebbero lasciato eccessiva discrezionalità e spazio di manovra agli organi delegati ed al *management* delle banche, con sostanziale incapacità d’intervento da parte degli organi di controllo e dello stesso organo amministrativo collegiale<sup>17</sup>.

---

*Introduzione*, in *Dir. banc.*, 2016, 758 ss.; G. GUIZZI, *Interesse sociale e governance bancaria*, ivi, 786 ss.; G. FERRI jr., *La posizione dei soci di società bancaria*, ivi, 806 ss. (ed anche i commenti di V. Santoro e A. Nigro ai lavori del seminario pubblicati nella Rivista).

<sup>14</sup> In questa direzione, tra gli altri, P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari: profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in AA.VV., *L’ordinamento italiano del mercato finanziario tra continuità e innovazioni*, a cura di V. Calandra Buonauro e aa., Giuffrè, Milano, 2014, 7 ss. (vedilo anche in *Società, banche e crisi d’impresa. Liber amicorum P. Abbadessa*, Utet – Wolters Kluwer, Torino, 2014); ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, a cura di A. Principe, Giuffrè, Milano, 2015, 53 ss. E per una lettura improntata a particolare equilibrio, vedi anche F. VELLA, *La “qualità” del governo delle banche*, in AA.VV., *L’ordinamento italiano* (nt. 14), 37 ss.

<sup>15</sup> Vedi K.J. HOPT., *Better Governance*, (nt. 1), 1 ss.; L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance, Round III? Bank Board Regulation Under the New European Capital Requirement Directive*, ECGI Working Paper n. 249/2014, in *ssrn.com*, 1 ss.

<sup>16</sup> Per un ricco quadro, vedi F. VELLA, *Capitalismo e finanza*, Il Mulino, Bologna, 2011, 1 ss.

<sup>17</sup> Vedi tra gli altri, S. EMMENEGGER, *Grundsätze guter Unternehmensführung von Banken aus der Sicht des Baseler Ausschusses und der FINMA*, in AA.VV., *Handbuch Corporate Governance von Banken*, (nt. 13), 31 ss.; P. SCHWIZER, *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *BIS*, 2015, 7 ss., la quale si sofferma sugli effetti negativi causati dallo strapotere degli organi delegati; F. VELLA, *La*

In realtà, la dottrina anche a livello internazionale è divisa – o quanto meno fortemente incerta – sul ruolo effettivo che le regole di *governance* hanno assunto nella crisi, essendo opinione prevalente che le cause delle difficoltà siano in prevalenza da attribuire ad altri fattori<sup>18</sup>, sui quali pure si è intervenuto, come i meccanismi di remunerazione degli amministratori e dei dirigenti (eccessivamente orientati ad obiettivi di breve periodo)<sup>19</sup>, la conformazione delle funzioni di controllo aziendale interno<sup>20</sup> e l'efficacia dei controlli pubblici (vedi, in particolare, le misure introdotte dal già richiamato d.lgs. 72/2015)<sup>21</sup>.

L'imponente apparato normativo predisposto per ovviare alle pretese lacune nell'organizzazione statutaria delle banche non trova peraltro effettivamente riscontro oltreoceano<sup>22</sup>, avendo gli U.S.A. preferito un approccio più morbido, privo di prescrizioni predefinite e vincolanti, e pertanto costruito su meccanismi di *soft law*.

L'intervento europeo è stato, pertanto, criticato sotto vari profili<sup>23</sup>:

a) quello del rischio di *overregulation*, e cioè di un eccesso quantitativo nella produzione di norme o regolamenti, che comporterebbero come effetto immediato la burocratizzazione dell'attività d'impresa, con la ulteriore conseguenza di aumentare i costi degli intermediari, soprattutto a carico delle piccole e medie banche<sup>24</sup>;

b) quello di ingessare eccessivamente gli assetti interni, imponendo come obbligatori *standards* e *best practices* che potrebbero anche risultare inadeguati o controindicati per il singolo intermediario, e che in talune circostanze non è detto siano effettivamente preferibili rispetto ad altri assetti organizzativi, sulla sola base del fatto che essi rispondano ad un astratto disegno di maggiore controllo sull'operato del *management*;

c) quello di privilegiare un'ottica di breve periodo, volta a rassicurare il sistema (il messaggio è, infatti, che le crisi sono frutto di una normativa non adeguata, piuttosto che di autorità di vigilanza inadeguate), rispetto ad un'ottica di lungo periodo, per la quale

---

“qualità”, (nt. 14), 37 ss.; S. CICCHINELLI, *Il governo*, (nt. 8), 423 ss. A dimostrazione dell'impatto avuto dalla crisi sulla riflessione dottrinale, si veda quanto rilevato alcuni anni prima dallo stesso F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 62, sett. 2008, 14 ss., circa l'importanza determinante del terzo pilastro di Basilea, relativo alla comunicazione al mercato, rispetto al controllo prudenziale sugli assetti interni, visto come potenzialmente nocivo se eccessivamente rigido.

<sup>18</sup> Vedi ad es. K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 1 ss.

<sup>19</sup> In argomento, tra gli altri, A. NIGRO, *La remunerazione degli amministratori e degli alti dirigenti delle banche*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di V. Di Cataldo, Giuffrè, Milano, 2014, 37 ss.

<sup>20</sup> Cfr., *infra*, § 6.

<sup>21</sup> E per la primaria rilevanza di altri fattori determinati, relativi alla cultura d'impresa ed all'etica professionale in ambito bancario, sui quali non è ovviamente agevole intervenire a livello normativo, vedi i saggi di H. BÄNZINGER, A. PROCTER, *Unternehmenskultur in Banken*, in AA.VV., *Handbuch Corporate Governance von Banken*, (nt. 13), 371 ss.; e C. STRENGER, *Ethik in Finanzinstituten*, ivi, 395 ss.

<sup>22</sup> Cfr. J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, ECGI Working Paper n. 316/2016, in *ssrn.com*, 1 ss.

<sup>23</sup> Vedi, in particolare, L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 1 ss., i quali auspicano un approccio di *soft implementation*, che sembra tuttavia lontano dal carattere rigido e più burocratico che sostanziale di numerose prescrizioni, come quelle sul processo di autovalutazione da parte degli organi collegiali (sul quale non ci si soffermerà nel presente lavoro), previsto dalla Sezione VI delle DV.

<sup>24</sup> Cfr. G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 53, il quale riferisce di reazioni fortemente negative nei confronti della direttiva 36/2013 negli ambienti germanici; S. AMOROSINO, *La conformazione regolatoria della governance delle società bancarie da parte della Banca d'Italia*, in *Dir. banc.*, 2015, 209; e in AA.VV., *Il governo delle banche*, (nt. 14) (da cui si cita in seguito), 45 ss.

risulterebbero invece prevalenti gli effetti negativi costituiti dalla rilevante compressione dell'autonomia statutaria (con conseguente blocco delle normali dinamiche di evoluzione delle regole organizzative)<sup>25</sup>.

E' anche vero che le crisi finanziarie hanno tradizionalmente costituito occasioni privilegiate per riformare il sistema e colmare carenze effettive<sup>26</sup>, essendo in tali circostanze minori le pressioni contrarie delle *lobbies* e maggiore l'impegno dei regolatori. La nuova disciplina merita, pertanto, di essere innanzitutto esaminata nel merito, ed apprezzata in modo positivo se (e nella parte in cui risulti) valida nelle soluzioni adottate, quand'anche si ritenesse che gli assetti statutari non costituiscono il principale fattore di sviluppo della crisi e, in prospettiva, di superamento della stessa<sup>27</sup>.

In effetti, il tasso di dettaglio e rigidità della disciplina appare condizionato dal carattere emergenziale che ha contraddistinto l'intervento normativo, sicché l'attuale assetto resta spesso distante – come si vedrà nel corso del lavoro – da quell'equilibrato *mix* di regole obbligatorie, *soft law* e vigilanza, che dovrebbe costituire l'approdo ideale del sistema<sup>28</sup>. Ma se tali riserve impediscono di valutare in termini completamente positivi l'attuale stato della regolazione<sup>29</sup>, il punto appare proprio quello di approfondire la valutazione di merito delle scelte normative, anche per saggiare fino a che punto possa effettivamente dirsi realizzato un vero e proprio distacco del sistema bancario dalle logiche di mercato proprie del diritto azionario<sup>30</sup>.

Del resto, le condizioni di fragilità del sistema bancario, perdurate a quasi dieci anni dall'inizio della crisi, lasciano intendere come irrealistica (sul piano politico) ogni aspettativa di riduzione dei vincoli, con la conseguenza che l'indagine proposta può confrontarsi con assetti normativi oramai caratterizzati da una certa solidità e stabilità, quanto meno per le scelte adottate in sede europea, dato che le DV – che saranno più specificamente oggetto del presente lavoro – non sempre trovano diretto riferimento nella CRD IV e negli orientamenti dell'EBA<sup>31</sup>, già per il fatto di essere state elaborate mediante un sia pure deciso arricchimento delle precedenti Disposizioni del 2008.

### 3. *Le ragioni di specialità del settore e il confronto con il diritto societario generale.*

E' opinione comune a livello internazionale che la *corporate governance* delle banche debba contenere dei significativi correttivi rispetto al modello generale, ma queste valutazioni

---

<sup>25</sup> Vedi M. STELLA RICHTER, *A proposito*, (nt. 12), 778, il quale condivisibilmente osserva come debba «essere necessariamente lasciato un adeguato spazio di competizione tra le imprese anche sul piano della ricerca delle soluzioni organizzative».

<sup>26</sup> F. VELLA, *La qualità*, (nt. 14), 37 ss.

<sup>27</sup> Per questa impostazione, K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 64 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria, governo delle banche e sistemi di amministrazione e controllo*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da P. Benazzo, M. Cera e S. Patriarca, Utet, Torino, 2011, 656 ss.

<sup>28</sup> K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 33.

<sup>29</sup> Come posizione più favorevole all'impianto delle DV può segnalarsi quella di P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, (nt. 14), 83.

<sup>30</sup> Per questa posizione, vedi soprattutto gli aa. cit. supra, nt. 13.

<sup>31</sup> Conf. STELLA RICHTER, *A proposito*, (nt. 12), 784.



sono normalmente svolte all'interno delle concezioni dominanti del diritto societario, che vedono i soci – sulla base del principio capitalistico – come i soggetti più idonei a determinare gli assetti statuari preferibili, quali “creditori di ultima istanza” della società<sup>32</sup>.

I principali fattori di “disturbo” del quadro generale possono essere schematicamente individuati come segue<sup>33</sup>:

a) l'apporto di capitale di debito nelle banche è enormemente maggiore rispetto alle altre imprese<sup>34</sup>, con conseguente aumento dell'esposizione a rischi di azzardo morale e parziale neutralizzazione del principio di correlazione tra potere e rischio che sta alla base del principio capitalistico di funzionamento delle società;

b) la capacità di controllo dei soci risulterebbe spesso inadeguata, nelle società a capitale diffuso per la dispersione dell'azionariato e nelle società a capitale ristretto per la particolare rilevanza dei benefici extrasociali estraibili da parte dei soci<sup>35</sup>;

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

d) il livello di rischio dell'attività imprenditoriale non può essere lasciato alla libera determinazione della società, essendo il sistema bancario improntato al principio di sana e prudente gestione, che può di per sé giustificare correttivi alle regole ordinarie di funzionamento delle società<sup>36</sup>;

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

In realtà, la concezione del diritto societario ispirata all'analisi economica del diritto ed al paradigma dello *shareholder value*, prevalente nella dottrina internazionale fino ad alcuni anni fa, incontra una crisi ben più generalizzata. Deve pertanto esplorarsi l'ipotesi di non

---

<sup>32</sup> J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, (nt. 22), 370 ss. Ma per una lettura che propende verso un ridimensionamento del principio capitalistico nelle banche, vedi C. ANGELICI, *Introduzione*, (nt. 13), 768 s., e complessivamente gli aa. citati *supra* a nt. 13 (e sul punto, vedi *infra* più avanti in questo §).

<sup>33</sup> Vedi, tra gli altri, in dottrina, K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 1 ss.; e tra i documenti preparatori delle riforme, il c.d. Rapporto Liikanen del 2 ottobre 2012 (*Final Report. High-level Group on reforming the structure of the EU Banking sector*).

<sup>34</sup> Per il noto e giusto rilievo secondo cui l'indebitamento nelle banche non rappresenta tanto una fonte di finanziamento dell'attività imprenditoriale, quanto un momento determinante dell'attività stessa, G. FERRI jr., *La posizione dei soci*, (nt. 13), 815.

<sup>35</sup> Questo profilo, come altri, può determinare esiti tutt'altro che univoci sul piano delle auspicabili scelte normative. Nel senso della opportunità di una conseguente parziale svalutazione dei tradizionali meccanismi di *corporate governance*, e per la necessità di integrare tali strumenti con altri dispositivi (tra cui la rappresentanza in c.d.a. degli obbligazionisti, sui cui vedi *infra*, nt. 41), vedi M. LAMANDINI, *Governance dell'impresa bancaria: un (piccolo) interrogativo sulle prospettive evolutive*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, (nt. 14), 107 ss. Può tuttavia osservarsi come, in linea di principio, il rischio che in determinate condizioni le regole tradizionali di *governance* non funzionino correttamente per un verso non costituisce ragione sufficiente per svalutarne l'efficacia, e per altro verso può anzi indurre a rafforzare taluni presidi.

<sup>36</sup> Per una valorizzazione di tale profilo, G. GUIZZI, *Interesse sociale*, (nt. 13), 787 ss., sulla cui posizione si tornerà *infra*.

ritenere del tutto eccezionale il modello organizzativo complesso delle banche, basato su un insieme di meccanismi vincolanti di *checks and balances*<sup>37</sup>, che potrebbe anzi essere talora utilizzato (sia pur cautamente, e con il necessario discernimento rispetto alle singole scelte normative) come chiave di lettura, evoluzione ed interpretazione del diritto azionario comune. E ciò appare confermato dal fatto che alcune delle regole organizzative speciali sono già previste nelle *best practices* delle società quotate, con la differenza che per le banche esse vengono giuridicizzate come vincolanti, piuttosto che essere affidate a varie forme di autoregolamentazione come i codici di autodisciplina<sup>38</sup>.

Di contro, alcune analisi empiriche sembrano ipotizzare che i peggiori risultati nel periodo di crisi siano stati subiti da banche che risultavano adottare modelli di *governance* maggiormente in linea con gli *standards* ordinari<sup>39</sup>, il che dovrebbe nuovamente indurre a giustificare una effettiva e decisa eccezionalità al sistema bancario<sup>40</sup>. Tuttavia, non appare agevole delineare un rapporto causa-effetto per fenomeni così complessi come le crisi di tipo finanziario; e non sembra che siano stati raggiunti risultati tali da comprovare chiaramente che la crisi sia dovuta solo alla particolare specialità del contesto settoriale e non anche a carenze più generali del diritto societario comune.

In ogni caso, l'insieme degli interventi regolamentari, pur pervasivi e fortemente limitativi dell'autonomia statutaria, sembra porsi in larga parte – quanto agli assetti organizzativi – nell'ambito degli spazi a sua volta consentiti dal diritto ordinario, non essendo state accolte spinte verso meccanismi fortemente derogatori, come quelli che avrebbero potuto determinarsi ad es. affidando la nomina di parte degli organi sociali alle autorità di vigilanza<sup>41</sup>, con soluzioni innovative, ma difficili da accettare non tanto per

<sup>37</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di società per azioni. Artt. 2363-2379 ter*, Giuffrè, Milano, 2016, I ss. Vedi, inoltre, U. Tombari, *Diritto azionario, corporate governance ed "analisi economica del diritto": verso il ridimensionamento di un'egemonia culturale*, in *Impresa e mercato. Studi in onore di Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, 731 ss.

<sup>38</sup> In questa direzione, tra gli altri, P. MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari*, (nt. 14), 7 ss.; ID., *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, (nt. 14), 53 ss.

<sup>39</sup> J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, (nt. 22), 372 ss.; e vedi G. WOHLMANNSTETTER, *Corporate Governance von Banken*, in AA.VV., *Handbuch Corporate Governance von Banken*, (nt. 13), 69 s., secondo cui le comuni regole di *governance* potrebbero risultare perfino dannose rispetto alla prevenzione delle crisi bancarie.

<sup>40</sup> Oppure, secondo altri (vedi J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, [nt. 22], 380 ss.), più semplicemente a non sopravvalutare il verosimile impatto di un rafforzamento delle regole di *governance*, anche sulla base dell'esperienza americana, che ha preferito concentrare gli sforzi su altri profili (remunerazione degli esponenti, requisiti di professionalità degli esecutivi).

<sup>41</sup> Cfr. M. LAMANDINI, *Governance dell'impresa bancaria*, (nt. 35), 110. Analogamente, non sembrano per adesso trovare sbocco altre proposte "alternative" rispetto ai meccanismi tradizionali di *governance*, come quella di assegnare parte delle cariche sociali a creditori postergati e fondi di garanzia (vedi M. LAMANDINI, D. R. MUÑOZ, *EU Financial Law*, Wolters Kluwer, Milano, 2016, 511 ss.; E.M. DORENBOS, A.M. PACCES, *Corporate Governance of Banks: Is More Board Independence the Solution?*, 5/2013, in *ssrn.com*; [F. CAPRIGLIONE] – R. MASERA, *La Corporate Governance delle banche: per un paradigma diverso*, in *Riv. trim. dir. Econ.*, 2016, 306 ss.; e dubitativamente, F. VELLA, *La "qualità"*, [nt. 14], 42), con soluzione che sembra presentare come principale limite quello del possibile disinteresse da parte dei destinatari (soprattutto per gli obbligazionisti). Sul punto, piuttosto che prefigurare l'applicazione forzosa di strumenti particolarmente innovativi, potrebbe forse immaginarsi una cauta apertura (mediante apposite norme regolamentari, che potrebbero essere introdotte ai sensi dell'art. 53 t.u.b.) verso l'autorizzazione di clausole statutarie in tale direzione, anche in deroga al diritto

ragioni di necessaria coerenza con il mantenimento del sistema bancario nel quadro della *governance* tradizionale, quanto perché verosimilmente troppo rischiose sul piano reputazionale per le stesse autorità di vigilanza (e quindi per il sistema finanziario nel suo complesso).

Naturalmente, una visione più allargata che abbracci l'intero ordinamento dell'impresa bancaria in forma azionaria anche al di là del profilo riguardante i soli assetti organizzativi, mettendo in sequenza le numerose deroghe previste al diritto comune – dalle autorizzazioni relative al trasferimento delle partecipazioni (art. 19 t.u.b.), al potere di rimozione degli esponenti aziendali (art. 53-bis, co. 1, lett. e, t.u.b.), ai vincoli sulla remunerazione degli amministratori, alla possibilità per l'Autorità di vigilanza di intervenire vietando decisioni tipicamente rimesse ai soci come la distribuzione degli utili (art. 53-bis, co. 1, lett. d, t.u.b.) e lo stesso scioglimento anticipato della società (ai sensi del controllo di cui all'art. 56 t.u.b.)<sup>42</sup>, al ruolo del principio di sana e prudente gestione quale criterio orientativo dell'azione degli amministratori<sup>43</sup> – potrebbe aumentare la sensazione di eccezionalità dell'intero apparato normativo, con impulso a leggere pure la disciplina sugli assetti organizzativi all'interno di tale quadro.

E però, di là dal fatto che molte di tali misure potrebbero prestarsi a letture meno dirompenti<sup>44</sup> – a partire dalla considerazione per cui alcune di esse attengono al momento della crisi<sup>45</sup>, o comunque al contrasto di situazioni patologiche<sup>46</sup>, più che all'ordinario funzionamento dell'organizzazione d'impresa<sup>47</sup> – può risultare utile muovere in modo più

---

comune (per l'invalidità di una clausola, prevista nello statuto di una banca di credito cooperativo, che assegnava un diritto di gradimento sulle candidature al Fondo di Garanzia, Trib. Rimini, 12 novembre 2014, in *Banca e borsa*, 2016, II, 596 ss., con nota parzialmente adesiva di G. SCAGLIA).

<sup>42</sup> Per una considerazione unitaria di tali profili, vedi, ad es., ANGELICI, *Introduzione*, (nt. 13), 7588 ss.; G. FERRI jr., *I poteri*, (nt. 13), 806 ss.

<sup>43</sup> Si sofferma in particolare su tale profilo, G. GUIZZI, *Interesse sociale* (nt. 13), 787 ss.

<sup>44</sup> Così, ad esempio e solamente per grandi linee, la disciplina in materia di remunerazioni degli esponenti può leggersi in termini di compatibilità con il più generale auspicio che emerge a livello internazionale verso uno sganciamento della *governance* societaria dai risultati di breve periodo; la disciplina in materia di *removal* individuale può spiegarsi come meccanismo graduale rispetto a rimedi più drastici come l'amministrazione straordinaria (art. 70 ss. t.u.b.), che a loro volta sostituiscono rimedi di diritto comune, come il procedimento di cui all'art. 2409 c.c.

<sup>45</sup> Sul punto, è noto come il diritto della crisi delle imprese bancarie sia tradizionalmente caratterizzato da un impianto fortemente autonomo, ulteriormente rafforzato dai più recenti interventi europei sul c.d. *bail-in*. Ma per una condivisibile lettura, nel senso che la specialità della disciplina sia compatibile con i principi del diritto societario generale, funzionando più che altro come anticipazione per via regolamentare ed a fini di stabilità degli stessi probabili esiti un *default* ordinario, M. PERRINO, *Il diritto societario della crisi delle imprese bancarie nella prospettiva europea: un quadro d'insieme*, in *Riv. dir. soc.*, 2016, 267 ss.

<sup>46</sup> In questo senso, l'idea in sé corretta che il controllo autorizzativo sulle modificazioni statutarie possa incidere su poteri fondamentali dei soci, come quello di monetizzare l'investimento mediante anticipazione della data di scadenza della società, profilata da G. FERRI jr., *La posizione dei soci*, (nt. 13), 812 s., sembra porsi su un piano più teorico che concreto, e non sembra effettivamente idonea negare ai soci della banca la considerazione di veri "proprietari" della società (quanto meno nel significato che a tale formula può attribuirsi nel diritto societario generale).

<sup>47</sup> E vedi la recente sentenza della Corte di Giustizia, 8 novembre 2016, in causa C41/15, in *Banca e borsa*, 2017, II, 1 ss., con nota di V. DE STASIO, che ha confermato (sia pure con argomenti legati al regime di forte specialità che connota gli interventi sulle crisi bancarie) la validità di un'ingiunzione dell'Autorità di vigilanza a deliberare una ricapitalizzazione mediante aumento di capitale, nei confronti di una banca irlandese, valorizzando in modo particolare la situazione di crisi della banca, come tale idonea a legittimare misure

neutrale da un esame di merito delle principali scelte normative adottate in materia di assetti statutari delle banche, per valutarne singolarmente la funzionalità e la rispondenza più o meno marcata alle istanze speciali del settore creditizio, oltre che la effettiva portata sul piano interpretativo.

A sua volta, il dibattito sui connotati dell'interesse sociale nelle banche potrebbe rimanere sullo sfondo, dato che l'impianto della *governance* bancaria appare innanzitutto improntato ad un incremento del livello di efficienza dell'organizzazione imprenditoriale e con ciò del sistema (valore considerato tra le finalità generali dell'ordinamento bancario dall'art. 5 t.u.b.), e che tale obiettivo può dirsi compatibile sia con una lettura più tradizionale dell'interesse sociale (che veda l'interesse dei creditori come limite esterno all'operato degli organi sociali), sia con una lettura più complessa, che "internalizzi" sul piano causale le posizioni di depositanti e obbligazionisti<sup>48</sup>, grazie alla rilevanza sistematica del principio di sana e prudente gestione<sup>49</sup>.

---

straordinarie. Cfr. I. SUPINO, *Salvataggio delle banche, ricapitalizzazione e limiti alla governance bancaria*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, 117.

<sup>48</sup> Secondo la prospettazione di C. ANGELICI, *Introduzione*, (nt. 13), 766 s., la rilevanza degli interessi esterni nella gestione delle società bancarie renderebbe appropriata una ricostruzione del diritto societario delle banche sulla base nota teoria del *nexus of contracts*, caratterizzata dalla perdita o quanto meno dalla riduzione di differenza qualitativa tra rapporti "sociali" e "non sociali", e dall'assegnazione agli amministratori del ruolo di "mediatori" tra i vari interessi; e ciò, per l'A., in una prospettiva di superamento dell'abitudine a «contrapporre le ragioni dell'impresa a quella del contratto». Tuttavia, per quanto la teoria in questione veda effettivamente la disciplina societaria come rete (virtuale) di rapporti fiduciari tra diversi portatori d'interesse, di certo fortemente presenti nell'attività bancaria, resta il fatto che il sostrato culturale (legato alla dottrina dell'analisi economica del diritto) e gli esiti applicativi di tale dottrina (tendenzialmente favorevoli al pieno dispiego dell'autonomia privata: cfr. G.B. PORTALE, *Lezioni di diritto privato comparato*, Giappichelli, Torino, 2001, 177 ss.) appaiono scarsamente compatibili con il rigido impianto normativo della *governance* bancaria.

<sup>49</sup> Sul punto vedi già la lettura di G. FERRI sr., *La posizione dell'azionista*, (nt. 13), 611 ss., che evidenziava (anche se in un contesto allora caratterizzato da un impianto ben più marcatamente pubblicistico del sistema, ancora lontano dalle privatizzazioni e dalle direttive europee di apertura del mercato bancario, e ancor più lontano dai fenomeni di recente conversione delle banche popolari in s.p.a. lucrative, determinate dal d.l. 24 gennaio 2015, n. 3) l'incidenza degli interessi dei creditori bancari sulla causa lucrativa di cui all'art. 2247 c.c., sull'autonomia statutaria e sul rapporto tra soci ed amministratori, valorizzando l'organo gestionale come garante dei vari interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività bancaria. Per un importante sviluppo ed aggiornamento di tale linea di pensiero nell'attuale contesto normativo, vedi G. GUIZZI, *Interesse sociale*, (nt. 13), 787 ss.; e G. FERRI jr., *La posizione dei soci*, (nt. 13), 806 ss.

A tal riguardo possono muoversi alcune osservazioni. In primo luogo, la valorizzazione del ruolo degli amministratori quale fulcro dell'impresa bancaria (che si traduce anche in una più dettagliata regolamentazione della funzione amministrativa) non sembra comportare significativi riflessi sul tema del riparto delle competenze rispetto ai soci, già largamente definito a favore degli amministratori dalla riforma societaria del 2003, registrandosi anzi su taluni profili (come l'approvazione delle politiche di remunerazione: vedi S. CICCHINELLI, *Il governo*, [nt. 8], 435 ss.) un incremento delle competenze assembleari (pur controbilanciato – come ricorda G. GUIZZI, *Interesse sociale*, [nt. 13], 804 – da altre scelte come quelle in materia di disattivazione del *whitewash* per le operazioni con parti correlate, anche se nell'ambito di una disciplina per alcuni versi singolarmente meno restrittiva di quella generale delle quotate: cfr. M. HOUBEN, *Operazioni con parti correlate e operazioni con soggetti collegati: confini e sovrapposizioni. Le interferenze soggettive e oggettive nelle banche quotate*, in *Banca e borsa*, 2014, I, 447 ss.).

Quanto al ruolo del principio di sana e prudente gestione come criterio di orientamento dell'azione amministrativa (e non solo dell'azione da parte dell'Autorità di vigilanza, rispetto alla quale peraltro il criterio assume anche storicamente il ruolo di limite alla discrezionalità autoritativa: vedi C. GRIPPA, *Sulla «sana e prudente gestione» delle fondazioni bancarie*, in *Banca e borsa*, 2007, I, 587 s.), la rappresentazione come «vero limite, sovraordinato allo stesso interesse dei soci alla remunerazione del loro investimento», (G. GUIZZI, *Interesse sociale*, [nt. 13], 798), va temperata con il carattere "tecnico" della regola (per una lettura del criterio

D'altra parte, uno dei possibili rischi della lettura in chiave autonomista del diritto societario delle banche è quello di autorizzare più facilmente interpretazioni estensive della normativa di settore<sup>50</sup>, che rischino di aggravare il solco rispetto al diritto comune, e di oltrepassare il limite dopo il quale si determinerebbero disincentivi agli investimenti di capitale nel settore, con pregiudizio per le stesse istanze di stabilità del sistema<sup>51</sup>.

4. *Tipologia delle regole speciali sull'organizzazione interna delle società bancarie e caratteristiche del potere regolamentare.*

Le regole in materia di organizzazione interna delle banche si pongono a due diversi livelli<sup>52</sup>: il primo, senz'altro più rilevante sul piano sistematico, è quello costituito dagli assetti statutari; il secondo (su cui ci si soffermerà *infra*, § 6) è quello costituito dagli assetti aziendali interni.

Il profili degli assetti statutari attiene al tema della *corporate governance* in senso proprio, intesa come insieme delle regole interne che si occupano della conformazione e del funzionamento degli organi societari<sup>53</sup>, del rapporto tra gli stessi, nonché della responsabilità che assumono i relativi componenti verso la società e gli altri *stakeholder*.

E a riguardo, la normativa interviene, sul piano dell'impatto rispetto al diritto generale, in più direzioni: *a)* per vietare l'adozione di assetti e clausole statutarie giudicate incompatibili con le specialità del settore bancario (si pensi al sistema di amministrazione monocratico); *b)* per imporre l'adozione di assetti e clausole statutarie facoltative per diritto comune, giudicate necessarie per le specialità del sistema bancario (si pensi

---

all'interno del principio di efficienza, vedi M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, in *Dir. banc.*, 2008, 385 ss.; e in *Studi per Franco Di Sabato*, I Esi, Napoli, 683 ss.; e per un cenno al carattere tecnico delle valutazioni sottese al criterio, M. MAUGERI, *Fusioni e scissioni di società bancarie*, in *Banca e borsa*, 1998, I, 35 s.), come tale concretizzata nelle più dettagliate istruzioni di vigilanza sul funzionamento delle banche (conf., C. GRIPPA, *op. ult. cit.*, 586), dovendosi tendenzialmente negare che una conduzione contraria alla sana e prudente gestione possa rivelarsi conforme all'interesse degli stessi soci quali stabili investitori nell'impresa bancaria. Più che di «perdita della centralità» dell'interesse dei soci (G. GUIZZI, *op. ult. cit.*, 797), sembra pertanto doversi valorizzare il ruolo del criterio nella direzione di una tendenziale convergenza tra l'interesse di depositanti e obbligazionisti con quello di medio-lungo termine degli azionisti. Ed al contempo, più che di «avversione al rischio dell'attività bancaria» (G. GUIZZI, *op. ult. cit.*, 795), il criterio della sana e prudente gestione potrebbe ancora una volta leggersi sul piano eminentemente «tecnico», quale imposizione di regole vincolanti sulla gestione e sul trattamento dei (maggiori) rischi tipici dell'attività bancaria, nell'interesse primario degli stessi soci. Il che dovrebbe indurre a negare che gli amministratori siano tenuti ad un'opera di sistematica ponderazione tra l'interesse dei soci e quello dei creditori, anche là dove non venga in rilievo il rischio di un pregiudizio concreto o potenziale alle ragioni dei creditori stessi e risultino rispettate le prescrizioni regolamentari di vigilanza.

<sup>50</sup> Si pensi al tema della responsabilità degli *amministratori* non esecutivi (su cui vedi *infra*, § 11), per il quale non a caso l'orientamento in questione tende a ritenere sostanzialmente giustificato il maggiore rigore che sembra emergere dall'esame della giurisprudenza rispetto al diritto comune (cfr. C. ANGELICI, *Introduzione*, [nt. 13], 762; G. GUIZZI, *Interesse sociale*, [nt. 13], 800 s.).

<sup>51</sup> Avverte correttamente il rischio che eccessive deroghe rispetto al diritto comune possano ridurre gli investimenti di capitale privato nel settore, M. STELLA RICHTER, *A proposito*, (nt. 12), 786.

<sup>52</sup> Conf. A. MINTO, *Gli assetti in ambito bancario*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, dir. da M. Irrera, Zanichelli, Torino, 2016, 631 ss.

<sup>53</sup> Il riferimento agli assetti statutari è pertanto, in realtà, limitativo, dato che la *corporate governance* in senso proprio comprende anche alcuni assetti organizzativi formalizzati nei regolamenti approvati dagli organi sociali (che a loro volta possono, invece, anche contenere disposizioni sulla *governance* aziendale in seno lato).

all'obbligatorietà dell'organo delegato o dei comitati interni nelle banche di media e grande dimensione; alla nomina assembleare dei componenti del comitato per il controllo nel sistema monistico; al divieto di partecipazione del presidente del consiglio di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione; al divieto di partecipare per lo stesso soggetto al comitato per il controllo interno quando il consiglio di sorveglianza ha funzione di supervisione strategica); c) per introdurre deroghe al diritto societario comune, imponendo soluzioni statutarie di dubbia compatibilità con la disciplina codicistica (si pensi agli accresciuti poteri del consiglio di sorveglianza quale organo di supervisione strategica nel sistema dualistico).

Quest'ultimo profilo è naturalmente quello più controverso<sup>54</sup>, ed è contestato da un filone dottrinale<sup>55</sup> per ragioni inerenti il rispetto della gerarchia delle fonti, che non consentirebbero in linea di principio la deroga di norme codicistiche ad opera di una mera disciplina regolamentare. A tali obiezioni può replicarsi propendendo, a livello generale, per una ricostruzione ben più pregnante dei poteri regolamentari in capo alle autorità di vigilanza nei settori speciali<sup>56</sup>, ed osservando nello specifico che le disposizioni derogatorie sembrano trovare un valido ancoramento nella dir. 36/2013 e ancor più nei principi di funzionamento dell'Unione bancaria introdotta con il successivo reg. 1024/2013.

Ciò che appare dirimente, infatti, è che l'obiettivo dell'intervento europeo trova uno dei propri fondamenti nella forte eterogeneità del diritto societario nei paesi aderenti all'Unione<sup>57</sup>, che si è reputata inadeguata ad assicurare un quadro adeguato ed omogeneo di *governance* per le banche, e ciò a maggior ragione con l'introduzione del sistema unico di vigilanza accentrato (nei paesi dell'Eurosistema) presso la BCE<sup>58</sup>. Di tal ché appare insita nella *ratio legis* del complessivo intervento europeo sulla *governance* bancaria, l'idea che le autorità amministrative delegate possano imporre ove occorra deroghe al diritto societario

---

<sup>54</sup> I primi due criteri d'intervento possono porre il comune problema della eventuale ingiustificata compressione dell'autonomia privata (vedi G. PRESTI, *Questioni in tema di governance e coordinamento del sistema dei controlli*, in AA.VV., *L'ordinamento italiano*, [nt. 14], 31 ss.), ma sono certamente legittimi sul piano della gerarchia delle fonti, operando nell'ambito delle condizioni d'accesso al settore speciale.

<sup>55</sup> Cfr. R. COSTI, *Governo delle banche e potere normativo della Banca d'Italia*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 62, sett. 2008, 7 ss.; P. ABBADESSA, *L'amministrazione delle società bancarie secondo il sistema tradizionale*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie* (nt. 19), 8; R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo*, (nt. 2), 229 ss.; O. CAPOLINO, *Il governo societario delle banche: regole e strumenti nelle disposizioni di vigilanza e nelle norme europee*, AA.VV., *Il governo delle banche*, (nt. 14), 19 (nel senso che le DV avrebbero rispettato il limite del diritto societario inderogabile). Diversamente orientati, a vario titolo per la non vincolatività delle norme codicistiche anche se inderogabili, LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, (nt. 19), 66 s.; G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 48 ss.; C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, (nt. 14), 91 ss.

<sup>56</sup> Vedi, in particolare, M. LIBERTINI, *Il sistema*, (nt. 55), 49.

<sup>57</sup> Per questa valutazione, fuori dal contesto bancario, L. ENRIQUES, *Quanto è armonizzato il diritto societario europeo?*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, (nt. 9), 149 ss. E vedi anche M. LAMANDINI, *Il diritto bancario*, (nt. 6), 424 ss.; L. RADICATI DI BROZOLO, *Autonomia privata e vincoli normativi in tema di corporate governance*, in *Società, banche e crisi d'impresa*, (nt. 14), 407 ss.

<sup>58</sup> Per l'importanza dell'uniformazione delle regole in questa prospettiva, V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza*, (nt. 2), 1.

comune, al fine di assicurare assetti effettivamente omogenei e funzionali nell'intero mercato comune, idonei ad un esercizio accentrato della vigilanza<sup>59</sup>.

D'altra parte, le banche devono conformare i propri statuti alla disciplina di settore, quale condizione per ottenere (e mantenere) l'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Si tratta pertanto, a prima vista, di regole che sono innanzitutto costruite (salvo quanto si dirà appresso, § 5, in materia di refluenze civilistiche della disciplina) come condizioni per l'accesso al sistema, sulla base di una complessiva idoneità (stabilita *ex ante* dalle DV o *ex post* dalle Autorità di vigilanza in sede di controllo ai sensi dell'art. 56 t.u.b.) delle singole regole e del complessivo assetto organizzativo, rispetto allo svolgimento dell'attività ed alle caratteristiche dell'intermediario.

Il che spiega anche la necessità per le banche di motivare l'adozione dell'assetto statutario mediante un apposito documento, e cioè il progetto di governo societario, approvato dall'organo di supervisione<sup>60</sup>, nel quale si devono esplicitare le motivazioni per le scelte adottate, in modo da illustrare la loro aderenza alle effettive caratteristiche ed esigenze della singola società (e del gruppo di appartenenza)<sup>61</sup>. Questa prescrizione permette, infatti, di assicurare maggiore trasparenza e verificabilità delle scelte statutarie (là dove naturalmente entrino in gioco poteri discrezionali dell'Autorità di vigilanza)<sup>62</sup>, e

---

<sup>59</sup> Per la necessità di eliminare, in ambito bancario, i fenomeni di arbitraggio regolamentare, L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in AA.VV., *Regole del mercato e mercato delle regole*, (nt. 9), 361 s.; M. LAMANDINI, *Il diritto bancario*, (nt. 6), 424 s. In generale sul tema della concorrenza tra ordinamenti, da ultimo, M. LIBERTINI, *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, in AA.VV., *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, a cura di P. Montalenti, Giuffrè, Milano, 2016, 1 ss.

<sup>60</sup> Le DV 2014, Sez. II, prevedono ora espressamente la competenza dell'organo di supervisione strategica, con il parere dell'organo di controllo (la norma richiede il parere "favorevole", ma sarebbe eccessivo considerare il parere come vincolante e non meramente obbligatorio, non vedendosi ragione di attribuire all'organo di controllo un potere di veto preventivo, anche rispetto alle valutazioni della Banca d'Italia), e la scelta può ritenersi opportuna, avendo il progetto finalità prevalentemente illustrative (ma per la competenza dell'assemblea, nel vigore delle precedenti DV del 2008, che non si occupavano del punto, M. LIBERTINI, *Il sistema*, [nt. 55], 67). Peraltro, l'assemblea dei soci può approvare le modifiche solamente dopo l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza (in argomento, sempre nel vigore delle precedenti DV, G.A. RESCIO, *L'adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 730 ss.). Appare pertanto corretto che il progetto – dovendo accompagnare la richiesta di autorizzazione – debba essere redatto dall'organo di supervisione. Il meccanismo autorizzativo comporta peraltro di per sé una rilevante compressione dei poteri dell'assemblea, che può solamente approvare o rigettare la proposta dell'organo di supervisione (e per quanto sia vero che il rigetto costringerebbe teoricamente gli amministratori a modificare la proposta secondo il volere dei soci, di fatto tale condizione può porre l'assemblea in condizione di particolare debolezza rispetto all'organo amministrativo).

<sup>61</sup> Secondo A. MINTO, *Il progetto di governo societario delle banche*, in AA.VV., *Assetti adeguati* (nt. 52), 664, il progetto di governo societario dovrebbe essere predisposto dall'organo di gestione, in analogia a quanto previsto in materia di piani dall'art. 2381 c.c., ma la tesi non appare convincente. Non può escludersi, infatti, che il progetto venga interamente discusso e trattato all'interno dell'organo di supervisione, anche affidando la stesura materiale di bozze dei documenti al presidente dell'organo di supervisione, ad appositi comitati istruttori (nei limiti di cui alle DV, Sez. IV, § 2.3.1.) o a soggetti esterni.

<sup>62</sup> Come peraltro ricorda M. STELLA RICHTER, *A proposito* (nt. 12), 773 s., è probabile che anche in passato la Banca d'Italia «abbia orientato l'esercizio del suo potere discrezionale anche in ragione dei sistemi e delle soluzioni organizzative adottate dalle imprese che richiedevano l'autorizzazione»; onde l'attuale preferenza verso un sistema – forse eccessivamente dettagliato ma tendenzialmente completo – di regole oggettive, quanto meno assicura maggiore prevedibilità e certezza per le imprese.

costituisce, in certa misura, una forma di tutela per la banca nei confronti dell'Autorità di vigilanza, dato che eventuali provvedimenti di diniego alle modifiche statutarie devono adeguatamente motivare le ragioni ostative, anche su singole clausole, rispetto all'intero quadro di *governance* adottato dall'intermediario ed alle ragioni che vengono esposte a fondamento delle opzioni esercitate.

5. *Rilievo settoriale e rilievo societario della normativa regolamentare.*

L'indubbia rilevanza delle DV in materia di assetti statutarî ed organizzativi sul piano dell'accesso all'attività potrebbe indurre a ritenere che l'eventuale adozione di atti e prassi difformi dalle previsioni regolamentari rilevi solamente ai fini della vigilanza, senza automatica refluenza sul piano civilistico. Seguendo tale impostazione, che trova risalenti e autorevoli precedenti prima del t.u.b.<sup>63</sup>, la violazione della normativa regolamentare dovrebbe comportare come uniche conseguenze quelle di tipo sanzionatorio (*lato sensu* intese, dalle sanzioni amministrative contro gli esponenti fino anche alle procedure di crisi) e di diniego (o revoca) delle autorizzazioni a vario titolo previste dal t.u.b.

Tuttavia, sembra preferibile una diversa impostazione, sulla base della quale ritenere che la disciplina regolamentare integri invece ad ogni effetto la normativa codicistica, per le società che abbiano per oggetto l'esercizio dell'attività bancaria, con conseguente rilevanza delle violazioni anche sul piano della legittimità degli atti societari (clausole, delibere, *etc.*).

Con riferimento alle modifiche statutarie<sup>64</sup>, il regime autorizzativo di cui all'art. 56 t.u.b. dovrebbe invero rendere pressoché impossibile l'adozione di assetti contrari alla normativa regolamentare (e ancor più difficile l'iscrizione di una delibera non autorizzata), ma nulla osta in linea di principio, sul piano societario, a ritenere che le violazioni di legge (o di regolamenti delegati) nel sistema di cui agli artt. 2377 ss. (e 2388) c.c. possano essere rappresentate anche dalla violazione di normative settoriali<sup>65</sup>, con la conseguenza che la non conformità alla disciplina speciale ben potrebbe rilevare sul piano della validità di eventuali deliberazioni assembleari (o consiliari) difformi (non autorizzate o erroneamente autorizzate dalla Banca d'Italia)<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Il riferimento è al dibattito tra G. FERRI sr., *La posizione degli azionisti*, (nt. 13), 611, e G. VISENTINI, *Disciplina delle società e legislazione bancaria*, Giuffrè, Milano, 1971, *passim*, che vedeva il primo contrario alla competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria ordinaria in materia di impugnazione delle deliberazioni assembleari di società bancarie, e il secondo favorevole sulla base dell'assenza di norme speciali sul punto. Naturalmente si tratta di profilo diverso da quello esaminato nel testo (e sul punto non sussistono oggi più dubbi sull'impugnabilità presso il giudice ordinario delle delibere societarie di banche), ma la soluzione di una irrilevanza delle prescrizioni regolamentari sul piano strettamente societario ben s'inquadrerebbe nella posizione generale allora espressa da Ferri per una marcata autonomia del sistema di vigilanza e del diritto bancario.

<sup>64</sup> Istruzioni di Vigilanza per le banche, Titolo III, Capitolo I.

<sup>65</sup> Nel senso del testo, in linea generale, C. PATRIARCA, *Sub art. 2377*, in *Le società per azioni*, a cura di P. Abbadessa e G.B. Portale, Giuffrè, Milano, 2016, 1053.

<sup>66</sup> Nulla lascia inoltre intendere che l'approvazione da parte della Banca d'Italia possa determinare, per tutte le modifiche statutarie, un effetto preclusivo analogo a quello previsto dal codice civile per l'intervenuta iscrizione delle deliberazioni di fusione, scissione e trasformazione (artt. 2500-*bis*, 2504-*quater* c.c.).



Peraltro, non è escluso che anche delibere di assemblea ordinaria (si pensi alla nomina degli amministratori), o di altri organi sociali (in particolare, dell'organo di supervisione: si pensi alla delibera di attribuzione delle deleghe da parte del c.d.a.), possano risultare in contrasto con la normativa settoriale,<sup>67</sup> determinandone con ciò l'invalidità<sup>68</sup>.

E una volta ritenuto che in caso la violazione della normativa regolamentare comporti in linea di principio l'invalidità dell'atto societario difforme<sup>69</sup>, il ricorso a tale schema sembra applicabile non solamente quando la delibera violi una prescrizione di tipo specifico (ad es., le norme in materia di attribuzioni indelegabili dell'organo di supervisione), ma anche quando ad essere violata è una disposizione di tipo più elastico (ad es., le norme in materia di composizione dell'organo amministrativo)<sup>70</sup>.

La soluzione proposta potrebbe presentare qualche preoccupazione su vari piani: quello di un possibile incentivo alla conflittualità interna, con possibili effetti negativi sulla stabilità degli intermediari; quello di possibili rischi sul piano dei rapporti con i terzi; quello della idoneità dell'autorità giudiziaria ordinaria a giudicare in materia specialistica.

Sul primo punto, non sembra tuttavia opportuna una soluzione che marginalizzi in modo drastico (e probabilmente immotivato) i soci di minoranza, e sembra semmai doveroso ricordare come anche in altri settori speciali, come il diritto *antitrust*, si propenda decisamente verso la maggiore funzionalità di sistemi che integrino meccanismi di *public* e di *private enforcement*, dotati di un significativo grado di autonomia<sup>71</sup>. Quanto alla posizione

---

<sup>67</sup> Conf., per la nullità delle deliberazioni di attribuzione dei compensi in violazione della normativa regolamentare, V. CALANDRA BUONAURA, *L'influenza*, (nt. 2), 6.

<sup>68</sup> Per la nullità delle deliberazioni assembleari caratterizzate dalla «illiceità relativa del dispositivo, che si ha quando l'oggetto della deliberazione sia tale da comportare, nella situazione concreta in cui essa è stata adottata, una violazione di norma imperativa che vieta uno specifico contenuto od effetto giuridico», in difformità dall'orientamento prevalente, che utilizza il criterio dell'interesse tutelato dalla norma inderogabile (d'interesse generale o meno), sia consentito rinviare a M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea*, (nt. 37), 438 s. In ogni caso, quand'anche si aderisse alla posizione tradizionale, che applica il rimedio della nullità in caso di violazione di norme inderogabili d'interesse generale, sarebbe difficile negare che le DV assumano normalmente tale valore, visto anche il rilievo costituzionale della normativa di vigilanza sulle banche (art. 47 Cost.; e vedi art. 5 t.u.b.).

Nel caso di delibere consiliari, l'art. 2388 c.c. non sembra - com'è noto - concedere spazio alla sanzione della nullità (cfr., tra gli altri, A. PISANI MASSAMORMILE, *Invalidità delle delibere consiliari*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, vol. 2, Utet, Torino, 2007, 518 ss., ove critica all'orientamento minoritario che ritiene applicabili analogicamente le fattispecie di nullità previste dall'art. 2379 c.c.), ma l'eventuale "sanatoria" della delibera per decorso del termine d'impugnazione non determinerebbe particolari inconvenienti, avendo le autorità di vigilanza adeguati poteri per imporre comunque all'organo amministrativo la revoca dell'atto (art. 67-ter t.u.b.).

<sup>69</sup> Nel caso di clausole statutarie, l'alternativa tra annullabilità e nullità della delibera per contrarietà a norme inderogabili non rileva, determinandosi in linea di massima la nullità della clausola statutaria, rilevabile senza limiti temporali. Sulla disattivazione in tal caso del termine triennale per l'impugnazione delle delibere nulle previsto dall'art. 2379, co. 1, c.c., cfr. M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea*, (nt. 37), 443.

<sup>70</sup> Diverso problema è quello di valutare se la normativa regolamentare possa integrare, sul piano della fattispecie, la portata di rimedi tipici previsti nel diritto societario comune. In particolare, stante anche il principio di tipicità dei procedimenti di volontaria giurisdizione, sembra da escludere che sia necessaria l'approvazione del tribunale, ai sensi dell'art. 2400 c.c., per la revoca dalla carica dei consiglieri di sorveglianza, nonostante le DV (Sez. III, § 3.2., punto 2, lett. d) prevedano la necessità che la delibera (diversamente da quanto previsto per le società per azioni di diritto comune) sia "debitamente motivata".

<sup>71</sup> La letteratura sul punto è troppo vasta per essere richiamata nella presente sede. Vedi, tra gli altri, M. LIBERTINI, *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement" in materia di antitrust*, in

dei terzi, gli atti interessati appaiono di rilievo tendenzialmente organizzativo, senza immediate interferenze con il concreto esercizio dell'attività gestionale<sup>72</sup>. Sul piano, infine, della competenza tecnica, le valutazioni da effettuare afferiscono in linea di massima a profili squisitamente giuridici, rispetto ai quali può essere anzi auspicabile un confronto tra la giurisprudenza ordinaria e l'autorità di vigilanza, evitando ogni "monopolio" da parte di quest'ultima<sup>73</sup>.

In tal senso, l'espressa scelta del legislatore bancario di escludere l'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle banche – in presenza peraltro di un procedimento largamente sovrapponibile come quello dell'amministrazione straordinaria<sup>74</sup> – dimostra che la disattivazione dei rimedi ordinari previsti dall'ordinamento societario dev'essere perseguita in modo esplicito, e non può darsi per presupposta unicamente in ragione del sistema di vigilanza previsto dalla normativa di settore.

#### 6. *Gli assetti interni.*

La regolamentazione delle DV non si occupa solamente degli assetti organizzativi di tipo statutario, ma dedica particolare attenzione anche agli assetti organizzativi interni di tipo aziendale – e pertanto alla *governance* dell'impresa in quanto tale (c.d. *internal governance*) – che non sono regolati nel sistema codicistico, ove sono affidati alla cura degli organi delegati ed alla valutazione dell'organo amministrativo (2381 c.c.)<sup>75</sup>, nonché alla vigilanza dell'organo di controllo (art. 2403 c.c.), sulla base delle concrete (e più diverse) esigenze della singola società.

---

*Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati*, a cura di M. R. Maugeri e A. Zoppini, Il Mulino, Bologna, 2009, 171 ss.

<sup>72</sup> Naturalmente non può escludersi in modo assoluto che alcune regole siano invece suscettibili di potenziale rilevanza esterna. Vedi la regola prevista dalle DV, Sez. V, § 2.1., nt. 3, secondo cui il presidente dell'organo di supervisione può «assumere, su proposta vincolante degli organi esecutivi, le decisioni di competenza dell'organo presieduto». Sul punto la dottrina non sembra dubitare della rilevanza civilistica della "norma" (ammesso che tale possa considerarsi una previsione contenuta in una nota a piè di pagina delle DV), pur dividendosi tra un orientamento per cui la violazione della regola (nella misura in cui richiede la previa proposta dell'organo esecutivo) sarebbe opponibile ai terzi in quanto limite legale al potere di rappresentanza (A. DE PRA, *Il nuovo governo societario delle banche*, in *NLCC*, 2015, 604), ed un altro orientamento, largamente preferibile (anche al di là della discutibile sopravvivenza della categoria dei limiti legali al potere di rappresentanza, dopo la riforma del diritto societario del 2003: per un quadro del problema, P.M. SANFILIPPO, *Gli amministratori*, in *Diritto commerciale*, vol. II, a cura di M. Cian, Giappichelli, Torino, 2014, 472 s.), secondo cui la violazione – in quanto derivante comunque dalla previsione statutaria dell'organo delegato – dovrebbe essere al più equiparata ad una violazione di limiti statuari al potere di rappresentanza (L. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1340, nt. 21).

<sup>73</sup> Nel senso, del resto, che già sul piano civilistico lo scrutinio di validità delle clausole statutarie può talora imporre una verifica del complessivo assetto organizzativo della società, vedi P.M. SANFILIPPO, *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società: per un'applicazione alla funzione amministrativa di s.p.a.*, in *Liber amicorum Pietro Abbadessa*, (nt. 92), 561 ss.; ID. *Il controllo di meritevolezza sugli statuti di società*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 159 ss.

<sup>74</sup> In argomento, da ultimo, N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sub art. 70*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Giappichelli, Torino, 2013, 747 ss., ove riferimenti.

<sup>75</sup> A. MINTO, *Gli assetti*, (nt. 52), 631. Ma nel senso che il principio di adeguatezza degli assetti aziendali comporta anche un vincolo all'autonomia privata, G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in *AA.VV., Assetti adeguati*, (nt. 52), 53 ss.

In ambito bancario gli assetti interni sono puntualmente regolati, mediante una disciplina che varia di intensità a seconda delle dimensioni della banca, e che prevede nell'assetto standard la figura apicale del direttore generale, oltre a tre articolazioni interne costituite dalla funzione di controllo dei rischi (*risk management*), dalla funzione di controllo interno (*internal audit*) e dalla funzione di conformità alle norme (*compliance*)<sup>76</sup>.

Orbene, quel che mette conto rilevare nella presente sede, è unicamente la circostanza per cui i due profili finiscono in realtà spesso per intrecciarsi, tanto da determinare situazioni in cui viene talora a sfumare la stessa distinzione tra organi sociali ed organizzazione aziendale interna. Espressione di questa tendenza – anche qui in atto pure nel diritto comune<sup>77</sup>, sia pure mediante meccanismi prevalentemente di autodisciplina – sono quanto meno i seguenti punti: *a*) la considerazione del direttore generale come vero e proprio organo di gestione della banca, potenzialmente alternativo allo stesso amministratore delegato (nelle piccole banche l'unico organo di gestione della società può essere infatti rappresentato da questa figura, mentre l'intero c.d.a. assume in tal caso la mera connotazione di organo di supervisione strategica: Sez. III, § 2.2.g.); *b*) la previsione di regole sui sistemi di remunerazione e incentivazione che non valgono solamente per i componenti degli organi sociali, ma per tutto il *management*<sup>78</sup>; *c*) la conformazione del sistema dei controlli, che risulta oramai caratterizzato da un intreccio di competenze suddivise tra i vari organi sociali (l'organo gestionale, l'organo di supervisione e quello di controllo), i revisori e varie strutture aziendali interne<sup>79</sup>.

Questo rapporto di compenetrazione tra assetti organizzativi statuari e aziendali non presenta, in realtà, rilevanti profili di eccezionalità<sup>80</sup>, essendo semmai da rilevare come il diritto societario generale – nel modello legale – sia stato caratterizzato da una scarsa attenzione al secondo profilo<sup>81</sup>, nonostante la sua importanza determinante al fine di assicurare il buon funzionamento dell'impresa societaria. Non è pertanto da escludere *a priori* che talune regole o criteri di valutazione in materia di architettura degli assetti interni e

<sup>76</sup> Si tratta dell'aggiornamento n. 15 del 2 luglio 2013 alle DV, Titolo V, Cap. 7, su cui vedi, in particolare, F. RIGANTI, *L'evoluzione del sistema dei controlli interni nell'impresa bancaria*, in *NLCC*, 2015 304 ss. Ritiene che il processo descritto porti ad una procedimentalizzazione in senso "amministrativo" delle tecniche di conduzione societaria, A. MINTO, *Gli assetti* (nt. 52), 629 s.; ma più correttamente nel senso che il processo debba intendersi piuttosto come normativizzazione di regole aziendalistiche, G. FAUCEGLIA, *Il glossario delle Istruzioni di Vigilanza sul "Governare societario": verso l'amministrativizzazione del diritto dell'impresa?*, in *AA.VV., Il governo delle banche*, (nt. 14), 129 ss.

<sup>77</sup> Cfr. M. STELLA RICHTER, *L'organizzazione della società per azioni tra principio di tipicità, autonomia statutaria e indicazioni delle autorità di vigilanza*, in *AA.VV., Regole del mercato e mercato delle regole*, (nt. 9), 411 ss. Per una posizione più conservativa, vedi A. MINTO, *Gli assetti*, (nt. 52), 647 s.

<sup>78</sup> Vedi BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza per le banche*, Parte I, Titolo IV, Capitolo 2.

<sup>79</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.

<sup>80</sup> Conf. A. MINTO, *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 1165 ss.

<sup>81</sup> Per l'arretratezza, sotto tale profilo, del sistema codicistico, M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea di s.p.a.*, (nt. 37), XVIII ss.; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *AA.VV., Assetti adeguati*, (nt. 52), 23 ss.

di doveri comportamentali degli organi sociali in tale ambito possano essere estesi – o utilizzati come *standard* e metro di paragone – anche al di fuori dell’ordinamento bancario<sup>82</sup>.

In altri termini, pur essendo la disciplina degli assetti interni inevitabilmente caratterizzata in senso prudenziale e/o tecnico, si dovrebbe sempre discernere, di volta in volta, quali prescrizioni siano strettamente connesse alle particolarità dell’attività bancaria, e quali invece dipendano dall’esigenza di fornire *standard* di adeguatezza che colmino le generali carenze del diritto societario sul punto, con potenzialità applicative esterne al settore di riferimento.

#### 7. *La scelta del sistema di amministrazione e controllo e il modello di disciplina per funzioni.*

Le considerazioni fin qui esposte devono essere confrontate, come esposto in premessa, con le principali scelte normative adottate in sede europea e nazionale, a livello di impostazione generale del sistema e di concrete soluzioni di disciplina.

Con riferimento al primo profilo, una delle critiche più frequenti alla normativa di settore<sup>83</sup>, è quella che si riferisce al relativo appiattimento dei vari sistemi di amministrazione e controllo disponibili nei vari ordinamenti e soprattutto nel nostro (che diversamente da altri paesi consente in diritto societario generale la libera scelta fra tre opzioni). E per vero, va considerato che, a monte, le linee guida *EBA* scontano indubbiamente il “difetto” di essere state costruite sulla base di un modello, quello monistico, che è prevalente a livello internazionale, ma fortemente minoritario nei principali ordinamenti europei, di tal ch  l’impostazione in oggetto non appartiene solamente alle DV (che pure hanno accentuato le istanze di uniformazione tra i sistemi)<sup>84</sup>.

Al riguardo, si potrebbe rilevare una contraddizione rispetto al criterio interpretativo che tende invece a prevalere in diritto comune, e cio  quello secondo cui le particolarit  dei singoli modelli dovrebbero essere valorizzate, per permettere un adeguato funzionamento del singolo sistema<sup>85</sup>. E su tale base,   nota la critica agli orientamenti che appiattiscono in

---

<sup>82</sup> Sull’accertamento giudiziale della conformit  degli assetti, con particolare riferimento alle azioni di responsabilit , cfr. G. MERUZZI, *L’adeguatezza*, (nt. 75), 68 ss. Nel senso che la Banca d’Italia avrebbe eccessivo spazio discrezionale per valutare inadeguate le scelte organizzative interne, S. AMOROSINO, *La conformazione*, (nt. 24), 43 ss., il quale rileva come per effetto delle dettagliate prescrizioni contenute nella normativa regolamentare l’onere della prova sull’assenza di colpa si ribalti sostanzialmente in capo ai convenuti (sia in sede civile che amministrativa); ma nel senso che il maggiore dettaglio riduca la discrezionalit  in sede applicativa, A. MINTO, *Gli assetti*, (nt. 52), 630 s. Naturalmente i due effetti possono tra loro convivere. Sul controverso problema dell’applicazione della *business judgement rule* alle scelte in materia di assetti aziendali (ma   tema che si pone in diritto societario generale, e non solo per le banche), vedi, tra gli altri, V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell’organo di supervisione strategica e dell’organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla Corporate Governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *BIS*, 2015, 33 ss.; E. PEDERSOLI, *Il collegio sindacale nelle banche*, tesi di dottorato (Universit  di Milano, a.a. 2012/2013), 91 ss.; A. MINTO, *Assetti*, (nt. 80), 1182 ss. Per i profili riguardanti la responsabilit  degli amministratori non esecutivi, e in generale l’applicazione della *BJR* alle societ  bancarie, vedi *infra*, § 11.

<sup>83</sup> Vedi, con particolare riferimento al sistema dualistico, G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 50 ss.

<sup>84</sup> Come rilevato *supra*, nt. 11, il *Consultation Paper* del 28 ottobre 2016 sopperisce in minima parte alle esigenze di una pi  completa considerazione dei sistemi diversi dal monistico.

<sup>85</sup> Vedi D. REGOLI, *La funzione di controllo nel sistema monistico*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle societ . Liber amicorum Antonio Piras*, Giappichelli, Torino, 2010, 584 ss.

diritto comune la disciplina del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo interno sul modello del collegio sindacale<sup>86</sup>.

Sul punto, deve innanzitutto apprezzarsi positivamente la scelta di neutralità delle DV tra i tre sistemi<sup>87</sup>, dovuta non solo all'impossibilità di attribuire in via generale meriti prevalenti nel controllo dei rischi ad un modello piuttosto che ad un altro<sup>88</sup>, ma anche all'esigenza di non bloccare senza valido motivo le ordinarie dinamiche di selezione ed evoluzione dei modelli (oltre che l'apertura del sistema nazionale verso il mercato europeo)<sup>89</sup>. Le DV contraddicono solo in parte il principio di neutralità sul piano della concreta autonomia di scelta, là dove richiedono che il progetto di governo societario debba necessariamente «individuare in concreto il modello più idoneo ad assicurare l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli» (Sez. II, § 2.a.), invece di pretendere forse più correttamente che in sede di eventuale mutamento del sistema – dovuto anche a ragioni del tutto diverse – la banca si limiti a dimostrare che non si riduca la qualità della *governance*.

Ciò detto, l'impressione è che la disciplina si sia correttamente mossa, almeno in linea di principio, verso una omogeneizzazione del livello di efficacia dei controlli<sup>90</sup> (piuttosto che verso un vero e proprio azzeramento delle differenze<sup>91</sup>), obiettivo difficilmente contestabile come aspirazione di un efficiente sistema di vigilanza<sup>92</sup>.

Ed in tale direzione, la richiamata eterogeneità in Europa del diritto societario sui profili organizzativi interni<sup>93</sup> ha comprensibilmente indotto il legislatore della direttiva, e ancor più l'EBA, ad adottare un modello di disciplina per organi “funzionali” (organo di gestione,

<sup>86</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *Il modello dualistico: alta amministrazione e funzioni di controllo tra autonomia privata e regole imperative*, in *Banca e borsa*, 2008, I, 689 ss.

<sup>87</sup> Conf., R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo*, (nt. 2), 236 ss.; G.B. PORTALE, *Amministrazione e controllo nel sistema dualistico delle società bancarie*, in AA.VV., *La governance*, (nt. 19), 36; M. LIBERTINI, *Il sistema*, (nt. 55), 67. Diversamente orientato, G. LEMME, *Le disposizioni di vigilanza sulla governance delle banche: riflessioni a tre anni dall'intervento*, in *Banca e borsa*, 2011, I, 708 ss., secondo il quale Banca d'Italia avrebbe dovuto indirizzare il sistema verso il modello più efficiente. E' indubbio, peraltro, che la Banca d'Italia conserva un pieno potere di valutazione sull'adeguatezza (non solo in astratto, ma anche in concreto, relativamente alle caratteristiche della singola banca) degli assetti conseguenti all'adozione di un determinato modello, sia in sede di costituzione che di modifica statutaria (sul punto, nel vigore delle vecchie DV, vedi G.A. RESCIO, *L'adeguamento*, [nt. 60], 730 ss.).

<sup>88</sup> Vedi V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria*, (nt. 27), 676 ss., il quale, nel vigore delle DV 2008, tuttavia sottolinea un atteggiamento di sostanziale disfavore per i sistemi alternativi rispetto a quello tradizionale.

<sup>89</sup> Per alcuni casi in cui la regolamentazione nazionale si è orientata ad imporre per le banche un determinato modello (in particolare, il dualistico) – il che dimostra come le DV di Banca d'Italia mantengano rispetto ad altri ordinamenti un significativo grado di apertura verso una pluralità di opzioni – vedi M. LAMANDINI, D.R. MUÑOZ, *EU Financial Law*, (nt. 41), 516.

<sup>90</sup> Si pensi ai requisiti di professionalità dei consiglieri di sorveglianza, all'obbligatorietà del comitato interno di controllo nel sistema dualistico, all'assegnazione di tutti i doveri di cui all'art. 2403 c.c. al comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico, alla necessità della giusta causa per la revoca da componente dell'organo di controllo in entrambi i sistemi alternativi: su questi profili, M. LIBERTINI, *Il sistema*, (nt. 55), 67 ss.

<sup>91</sup> Per un cenno in questa direzione, O. CAPOLINO, *La vigilanza bancaria: prospettive ed evoluzione dell'ordinamento italiano*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, n. 81, luglio 2016, 61 ss.

<sup>92</sup> Su questa istanza, già nel diritto comune, LIBERTINI, *La funzione di controllo nell'organizzazione della società per azioni, con particolare riferimento ai c.d. sistemi alternativi di amministrazione e controllo*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum P. Abbadesse, Utet – Wolters Kluwer, Torino, 2014, 1064 ss.

<sup>93</sup> *Supra*, § 2.

organo di supervisione strategica e organo di controllo) e non per “organi” societari in senso classico.

L’adozione di tale modello – che secondo un condivisibile orientamento può già prestarsi come chiave di lettura del diritto comune, anche al fine di tenere conto sia delle dinamiche interne al singolo organo, sia delle possibili conformazioni statutarie dei sistemi di amministrazione e controllo<sup>94</sup> – era probabilmente una soluzione obbligata per aspirare ad un’applicazione il più possibile uniforme delle regole europee di vigilanza nei vasi paesi membri, senza intervenire sul diritto societario nazionale<sup>95</sup>; ed è scelta intimamente connessa anche all’intervenuto trasferimento della vigilanza nei confronti delle banche c.d. significative in capo alla BCE.

D’altra parte, la costruzione di un sistema organizzativo per “funzioni” (con relativa attribuzione di regole di funzionamento e requisiti soggettivi disegnati sulla base dei compiti effettivamente svolti), che comporta come corollario la standardizzazione “trasversale” di molte regole organizzative indipendentemente dal modello adottato, dovrebbe consentire come ulteriore conseguenza di mantenere un’effettiva autonomia di scelta in capo alle banche sul piano del modello societario da adottare (là dove non ulteriormente compressa in sede nazionale), esito che sarebbe stato altrimenti ben difficile raggiungere.

#### 8. Definizione dei ruoli e riparto delle competenze.

Proseguendo l’esame dei profili generali della disciplina, viene fortemente accentuata dalle DV (sulla base di quanto previsto a monte dall’art. 74, dir. 36/2013)<sup>96</sup> – ed esportata anche in ambiti diversi da quelli previsti nel codice civile – una delle linee guida della riforma societaria del 2003<sup>97</sup>, e cioè quella della rigidità che caratterizza le regole di riparto delle competenze e la definizione dei ruoli all’interno della società (vedi art. 74, dir. 36/2013).

Il principio trova attuazione in una vasta pluralità di scelte normative: solo ad es., la ripartizione di competenze tra organi delegati ed organo amministrativo collegiale<sup>98</sup>, il

<sup>94</sup> Il riferimento è alla suddivisione dei livelli organizzativi societari in “programmazione”, “gestione” e “controllo”, da parte di C. ANGELICI, *Principi e problemi*, in *La società per azioni*, vol. I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, proseguito da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012. E vedi anche M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L’assemblea*, (nt. 37), XXXVI ss.

<sup>95</sup> In senso critico, invece, G. PRESTI, *Questioni*, (nt. 54), 31 ss.

<sup>96</sup> Vedi l’art. 74.1, a norma del quale le banche devono essere dotate di «solidi dispositivi di governance, ivi compresa la chiara struttura dell’organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti».

<sup>97</sup> Vedi, M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L’assemblea*, (nt. 37), XL ss.

<sup>98</sup> Il riferimento è innanzitutto alla “linea applicativa” per cui «[i]l contenuto delle deleghe nell’ambito dell’organo con funzione di gestione deve essere determinato in modo analitico ed essere caratterizzato da chiarezza e precisione, anche nell’indicazione dei limiti quantitativi o di valore e delle eventuali modalità di esercizio» (Sez. III, § 2.2.d.: sul punto, cfr. P. ABBADESSA, *L’amministrazione* [nt. 55], 11 ss.), ma anche alle linee che prevedono per un verso un incremento delle materie non delegabili (Sez. III, § 2.2.e.) e per altro verso una puntuale determinazione delle competenze legate all’attività di supervisione strategica (Sez. III, § 2.2.b.). Queste ultime disposizioni hanno come finalità principale quella di assicurare un maggior controllo sull’operato degli organi delegati ed un migliore esercizio della funzione collegiale di definizione e valutazione

divieto di cumulo delle funzioni tra l'organo gestionale e il presidente dell'organo di supervisione strategica<sup>99</sup>; la ripartizione di competenze tra consiglio di gestione e consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico<sup>100</sup>.

La giustificazione di questa tendenza è duplice. Per un verso, di tipo organizzativo: maggiore essendo nelle banche l'attenzione ai profili della *governance*, maggiore risulta inevitabilmente la valorizzazione di una regola – e cioè quella della certezza nel riparto di competenze e nell'attribuzione dei ruoli interni – che costituisce un principio cardine di funzionamento in tutti gli organismi complessi di diritto pubblico e privato<sup>101</sup>. Per altro verso, di tipo general-preventivo in chiave sanzionatoria: la chiara individuazione dei soggetti responsabili delle varie funzioni agevola, infatti, l'efficacia della vigilanza e l'esercizio dei poteri sanzionatori previsti dalla normativa di settore (ivi inclusa la possibilità di graduare le sanzioni amministrative in funzione del ruolo effettivamente svolto: vedi *infra*, § 11).

Il principio di chiarezza e rigidità nella ripartizione di competenze attiene, tuttavia, soprattutto all'ambito decisionale. Il sistema di *check and balances* valorizzato nell'ordinamento bancario comporta, infatti, una propensione altrettanto forte verso un rafforzamento dei controlli (*lato sensu* intesi) che in realtà determina spesso anche un maggiore coinvolgimento (rispetto al diritto comune) di varie strutture interessate nei procedimenti interni<sup>102</sup>. Il che avviene mediante una serie di funzioni complementari (atti d'indirizzo, pareri, flussi informativi) che tendono a valorizzare istanze di forte collaborazione tra le varie componenti dell'organizzazione interna<sup>103</sup>: si pensi, ad es., ai pareri che il collegio sindacale è tenuto a dare sulla definizione degli elementi essenziali dell'architettura del sistema dei controlli<sup>104</sup>, o alle rilevanti funzioni istruttorie assegnate ai comitati interni<sup>105</sup>.

Le due linee di intervento non appaiono, tuttavia, contraddittorie, in quanto rispondono anche in tal caso ad esigenze che attraversano l'intero diritto societario e che appaiono giustamente valorizzate nel loro complesso dalla regolazione di settore. In tal senso, la disciplina bancaria dimostra come il principio del riparto inderogabile di

---

degli assetti organizzativi, ma costituiscono al contempo chiaro sviluppo dell'obiettivo generale di una «puntuale distinzione di ruoli» tra organi di gestione e supervisione, fissato nei “principi generali” delineati dal § 2.1.

<sup>99</sup> Sul punto vedi il § seguente.

<sup>100</sup> In argomento vedi il § 13.

<sup>101</sup> M. LIBERTINI, A. MIRONE, P.M. SANFILIPPO, *L'assemblea*, (nt. 37), 34 ss.

<sup>102</sup> Conf., con riferimento all'ambito bancario, F. VELLA, *Il nuovo governo*, (nt. 17), 31 ss.; e più in generale, P. MONTALENTI, *Amministrazione, controllo, minoranze nella legge sul risparmio*, in *Riv. soc.*, 2006, 979.

<sup>103</sup> Nella materia dei controlli tendono in tal senso a prevalere già nel diritto comune istanze di condivisione che possono comportare anche aree di parziale sovrapposizione e vero e proprio incrocio nelle funzioni da parte di diversi soggetti (con riferimento non solo alla componente degli organi societari, ma anche quella delle funzioni aziendali interne, tipicamente interessate nella materia in questione), naturalmente creando inevitabili problemi di coordinamento: cfr. P. MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca e borsa*, 2011, I, 543 ss.

<sup>104</sup> Per una posizione di principio favorevole nel diritto azionario ad una interpretazione estensiva delle norme che attribuiscono “contropoteri” ai portatori di interessi esterni a quelli del gruppo di comando, M. LIBERTINI, A. MIRONE, P. SANFILIPPO, *L'assemblea*, (nt. 37), XLII ss.

<sup>105</sup> Cfr. DE PRA, *Il nuovo governo*, (nt. 72), 598 ss.

competenze non è in contrasto, ma anzi si completa, con il principio del bilanciamento dei poteri e con quello di collaborazione tra gli organi sociali.

In particolare, sembra emergere una conferma che l'esistenza di una pluralità di ruoli nell'ambito di una medesima materia (si pensi all'adeguatezza degli assetti interni) possa favorevolmente accettarsi, a condizione di essere caratterizzata dall'assenza di vere e proprie sovrapposizioni decisionali (che potrebbero invece turbare l'esigenza di efficiente funzionamento dell'impresa)<sup>106</sup>, e piuttosto dalla presenza di meccanismi (legali, statutari o regolamentari interni) di suddivisione ed integrazione delle responsabilità secondo funzioni tipizzate (proposte deliberative, atti d'indirizzo, pareri e raccomandazioni, approvazioni e decisioni, valutazioni, verifiche, *etc.*)<sup>107</sup> che dovrebbero assumere pregnanza formale e sostanziale anche in punto di responsabilità civile ed amministrativa<sup>108</sup>.

#### 9. *Il divieto di funzioni esecutive per il presidente dell'organo di supervisione.*

Venendo adesso all'esame delle principali scelte di disciplina, una delle regole maggiormente contestate – che trova diretto fondamento nell'art. 88, par. 1, lett. e), dir. 36/2013 – è quella che vieta al presidente dell'organo di supervisione (il presidente del c.d.a., nel sistema tradizionale) di ricevere deleghe, di svolgere anche di fatto funzioni gestionali e di partecipare con diritto di voto al comitato esecutivo (DV, Sez. V, § 2.1.; 2.2.e.)<sup>109</sup>.

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

La novità è stata criticata per diverse ragioni<sup>110</sup>: non esisterebbero validi studi che documentino migliori *performance* nelle società che presentino un assetto duale di vertice; l'assetto duale potrebbe determinare conflitti tra organo delegato e presidente, creando rischi di confusione all'esterno sugli assetti di potere; il flusso informativo dall'organo

---

<sup>106</sup> Quanto meno sul piano della coerenza del sistema, è pertanto condivisibile la scelta delle DV di assegnare ai comitati endoconsiliari funzioni esclusivamente istruttorie (sul punto, anche in ordine al ruolo del presidente, vedi L. ARDIZZONE, *Il presidente*, [nt. 72], 1352 ss.).

<sup>107</sup> In tal senso può leggersi ad es. la disciplina, forse eccessivamente barocca ma sistematicamente apprezzabile, relativa ai ruoli del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza – mediante lo schema circolare “indirizzo-proposta-deliberazione” – nelle competenze riguardanti piani ed operazioni strategiche, in caso di adozione del modello che attribuisce al consiglio di sorveglianza il ruolo di organo di supervisione strategica (Sez. III, § 2.2.h.iv.).

<sup>108</sup> E vedi *infra*, § 11.

<sup>109</sup> In argomento, P. ABBADESSA, *L'amministrazione*, (nt. 55), 15 ss.; C. BARBAGALLO, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle banche: il punto di vista della Banca d'Italia*, in *bancaditalia.it* (26 marzo 2014), 14; A. DE PRA, *Il nuovo governo*, (nt. 72), 600 ss.; R. COSTI, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Il governo delle banche*, (nt. 14), 7; L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 2014, 1308 ss.; L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 20 ss.; M. IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, (nt. 52), 673 ss.

<sup>110</sup> Vedi, tra gli altri, soprattutto L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 20 ss.; R. COSTI, *Relazione*, (nt. 109), 9; e limitatamente al divieto di nomina nel comitato esecutivo, M. IRRERA, *Il ruolo*, (nt. 109), 679 ss.



delegato al *plenum* potrebbe essere rallentato dalla presenza di un presidente non esecutivo; i componenti non esecutivi potrebbero essere deresponsabilizzati dall'attribuzione di un ruolo forte al presidente nel raccordo con gli organi delegati.

Nel loro complesso, tali osservazioni spiegano appieno le ragioni per cui in diritto comune, ed anche per le quotate, la determinazione di tali assetti è lasciata alla libertà organizzativa delle singole società.

E tuttavia, la diffusa valutazione secondo cui uno dei principali punti di criticità nel funzionamento delle società bancarie durante la recente crisi è da individuarsi nello “strapotere” di cui avrebbero goduto gli organi delegati<sup>111</sup>, richiedeva come inevitabile conseguenza di intervenire sul ruolo di presidente, quale figura di cerniera tra l'organo gestionale e gli altri attori della *governance*, la cui disciplina viene significativamente arricchita – soprattutto sul piano della circolazione delle informazioni all'interno della società<sup>112</sup> – rispetto al diritto comune<sup>113</sup>.

E se l'intervento si fosse limitato a profili di tipo procedurale e informativo, probabilmente le modifiche non sarebbero state idonee ad assicurare un'adeguata cesura rispetto alle prassi deteriori<sup>114</sup>. In definitiva, gli inconvenienti rappresentati appaiono, nell'ottica di settore, meno rilevanti rispetto all'esigenza di costruire un adeguato sistema di bilanciamento dei poteri interni, che risulti efficace e credibile sia all'interno dell'organizzazione societaria che all'esterno (anche nei rapporti con la vigilanza)<sup>115</sup>.

Il divieto di partecipazione con diritto di voto al comitato esecutivo – e con ciò l'assoluto divieto di compartecipazione alla gestione operativa – assicura a sua volta coerentemente il principio di separazione dei ruoli ed autonomia delle funzioni, che costituisce uno degli obiettivi della regolazione<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr., K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 29 s. La disposizione – coerentemente con il principio di ripartizione delle competenze e con il sistema dei *checks and balances* – riveste peraltro anche la funzione (secondaria ma non del tutto irrilevante) di preservare l'autonomia dell'amministratore delegato da eccessive interferenze di presidenti particolarmente forti (C. BARBAGALLO, *Doveri*, [nt. 109], 12), ad es. perché direttamente collegati con i soci di controllo.

<sup>112</sup> Cfr., in particolare, L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 1321 ss.

<sup>113</sup> In tal senso, l'importanza del ruolo assegnato al presidente dell'organo di supervisione legittima l'utilizzo di una denominazione significativa come quella di “presidente della banca”, proposto da L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 1308.

<sup>114</sup> Nel senso che l'assetto duale di vertice presenti molteplici vantaggi, in termini di controllo dei rischi e dell'estrazione di benefici privati, con effetti positivi anche sulle *performance*, K. JOHN – S. DE MASI – A. PACI, *Corporate Governance in Banks*, in *Corporate Governance: An International Review*, 2016, vol. 24(3), 310 s.; A. BERGER, T. KICK, K. SCHAECK, *Executive board composition and bank risk taking*, in *Journal of Corporate Finance*, 2016, vol. 28, 48 ss.

<sup>115</sup> Le DV non sono invece intervenute sul tema della nomina, non raccogliendo sollecitazioni che – anche a fini di *best practice* – tendono a preferire la nomina assembleare (sul punto, G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all'art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum P. Abbadessa, [nt. 14], 1060 s.; L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 1322; P. SANFILIPPO – [G. SPADARO], *Il presidente del consiglio di amministrazione e il lead independent director*, in AA.VV., *Assetti adeguati*, [nt. 52], 390). Il silenzio del regolatore esclude peraltro che si possa delineare per via interpretativa in ambito bancario una posizione ostativa rispetto alla nomina consiliare consentita dal diritto comune.

<sup>116</sup> In senso critico rispetto alla scelta normativa, A. DE PRA, *Il nuovo governo*, (nt. 72), 606 s. Più opinabile, invece, è il divieto di partecipazione ai comitati interni in funzione di presidente (in senso critico, V. CALANDRA BUONAURO, *Il ruolo*, [nt. 82], 22 s.), che rischia peraltro di moltiplicare eccessivamente le figure di vertice nella struttura organizzativa.

Peraltro, la normativa consente deroghe occasionali, autorizzabili da parte delle autorità di vigilanza sulla base di motivate esigenze della singola banca, ed anche se si è osservato che la deroga verrà difficilmente chiesta ed ottenuta, vista la chiara indicazione da parte del legislatore europeo<sup>117</sup>, la rigidità del modello trova comunque un correttivo che può essere utilizzato dalle banche ove congruamente motivato. E in particolare, la deroga potrebbe trovare giustificazione in caso di comitati esecutivi ad impianto fortemente collegiale e composizione adeguatamente diversificata, in cui siano pertanto minori i rischi di conduzione solitaria ed autoreferenziale della gestione<sup>118</sup>.

A ciò si aggiunga che il presidente dell'organo di supervisione svolge anche una funzione di interlocuzione e raccordo con l'Autorità di vigilanza, onde risulta comprensibile che tale figura debba in linea di principio mantenere una forte autonomia rispetto all'organo gestionale<sup>119</sup>.

Il complessivo assetto previsto sul punto dalle DV non può pertanto dirsi irragionevole, alla luce delle particolari istanze di controllo sull'operato degli organi gestionali che caratterizzano la disciplina di settore, dovendo semmai indurre le autorità di vigilanza a non adottare posizioni pregiudizialmente rigide di fronte alle richieste di deroga<sup>120</sup>.

Sul piano interpretativo, residuano peraltro alcuni profili da valutare, e che possono incidere sulla complessiva considerazione della figura.

In via generale, la ricostruzione del presidente come “regista” della *governance* societaria ed interna non sembra dovere sfociare in una necessaria posizione di vera e propria “terzietà”<sup>121</sup>. Come avviene nel diritto comune<sup>122</sup>, il presidente non assume pertanto doveri di neutralità ed imparzialità rispetto alle dinamiche societarie, e può legittimamente interferire nel processo decisionale dell'organo di supervisione, formulando proposte ed utilizzando appieno il proprio ruolo (naturalmente in modo equilibrato e coerente con il complesso delle relative attribuzioni) per influenzare nel merito le decisioni (potere-dovere che spetta ad ogni amministratore, e pertanto anche al presidente)<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> L. ENRIQUES, D. ZETSCHÉ, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 22 s.

<sup>118</sup> Sul punto, le DV potrebbero chiarire preventivamente – quanto meno a titolo orientativo – a quali condizioni vada consentita la deroga.

<sup>119</sup> Cfr. R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo*, (nt. 2), 238.

<sup>120</sup> Se correttamente interpretato, il sistema non risulta pertanto così lontano da quello previsto nel codice di autodisciplina, che raccomanda già la separazione dei ruoli tra presidente e amministratore delegato, richiedendo che in caso contrario venga istituita la figura del *lead independent director* (in argomento, [P.M. SANFILIPPO] – G. SPADARO, *Il presidente*, [nt. 115] 416 ss.). E del resto, la separazione dei ruoli è frequente nei codici di *best practice* anche a livello europeo (M. IRRERA, *Il ruolo*, [nt. 109], 676 ss.).

<sup>121</sup> Per questa posizione, invece, L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 1345, che formula il paragone (non convincente) con gli incarichi di tipo istituzionale negli organi politici.

<sup>122</sup> Cfr. [P.M. SANFILIPPO] – G. SPADARO, *Il presidente*, (nt. 115), 415 ss.

<sup>123</sup> Non sembrano così da ritenersi vietate nelle banche le clausole di *casting vote* a favore del presidente, in caso di stallo gestionale. La composizione tendenzialmente ampia dell'organo di supervisione consente, infatti, di negare che tali clausole possano in linea di massima destare preoccupazioni su eccessi di concentrazione del potere nelle mani del presidente. Per l'invalidità della clausola in caso di organo bipersonale (da ritenersi vietato nelle banche, al pari dell'organo monocratico, vista la necessità di adeguata diversificazione qualitativa, prevista dalla Sez. IV, § 2.1., anche per le piccole banche), vedi Trib. Milano, 18 luglio 1984, in

Il principio della separazione dei ruoli si lega infatti principalmente alla importanza determinante dei flussi informativi, il cui migliore approntamento richiede l'assegnazione di una competenza in capo ad una figura *ad hoc*, appositamente dedicata e caratterizzata da particolare credibilità ed autorevolezza<sup>124</sup>, che sarebbero tuttavia svilite se il presidente dovesse sempre assumere una posizione di vera e propria terzietà<sup>125</sup>. Il ruolo di contrappeso rispetto agli organi delegati e la padronanza delle necessarie informazioni possono anzi richiedere, in talune circostanze, l'assunzione di posizioni propositive da parte del presidente, in alternativa a quelle che provengono naturalmente dai primi.

Analogamente, la previsione del divieto di voto in comitato esecutivo non sembra doversi interpretare estensivamente, fino a precludere l'intervento del presidente nel dibattito collegiale<sup>126</sup>. Per quanto la partecipazione al comitato abbia la finalità principale di raccordo informativo (prevalentemente a favore proprio dell'organo di supervisione), la norma vieta infatti solamente l'attribuzione di peso nella votazione, e non sembra da escludere che il presidente occasionalmente formuli osservazioni ed avanzi proposte durante i lavori dell'organo esecutivo (anche in ragione del suo ruolo di recettore dei flussi rispetto alle componenti aziendali interne, così come di quello rivestito quale interlocutore dell'Autorità di vigilanza)<sup>127</sup>, a condizione naturalmente di non condizionare in modo sistematico ed invasivo i lavori dell'organo gestionale.

Maggiori perplessità suscita, invece, l'ipotesi di assegnare al presidente compiti di convocazione e coordinamento dei lavori – con sostanziali funzioni di presidenza dell'organo di gestione<sup>128</sup> – dato che le DV vietano *tout court* l'assunzione della qualifica di membro del comitato, e le competenze in questione potrebbero condizionare i lavori del comitato in misura non meno significativa del diritto di voto<sup>129</sup>, con il rischio di vanificare la *ratio* della disposizione regolamentare.

---

*Giur. comm.*, 1985, II, 653 ss., con nota critica di V. CALANDRA BUONAURA, *Amministrazione bipersonale, metodo collegiale e clausola di prevalenza del voto del presidente*.

<sup>124</sup> Donde anche l'opportunità di una differenziazione nei requisiti minimi di professionalità tra esecutivi e non (incluso il presidente): conf. M. COMANA, *Governance bancaria o governance dei rischi: sinonimi o complementi?*, in *Banche e banchieri*, 2014, 301 ss.

<sup>125</sup> I criteri della equidistanza ed imparzialità, previsti dalle DV (Sez. V, § 2.1.), sembrano in tal senso riferiti alla circolazione delle informazioni ed al ruolo di raccordo tra le varie funzioni organiche ed aziendali, senza coinvolgere lo svolgimento dei lavori collegiali in senso proprio.

<sup>126</sup> In tal senso, invece, L. ARDIZZONE, *Il ruolo*, (nt. 72), 1338, con riferimento alle «valutazioni di merito».

<sup>127</sup> E' pertanto indicativo che le DV prevedano la "partecipazione" e non la mera "assistenza" del presidente ai lavori del comitato esecutivo.

<sup>128</sup> Per la tesi criticata, M. IRRERA, *Il ruolo*, (nt. 109), 682 s. La soluzione negativa si lascia preferire anche in considerazione del fatto che nel sistema dualistico è vietata pure la partecipazione senza diritto di voto del presidente dell'organo di supervisione alle sedute dell'organo gestionale. La posizione criticata determinerebbe pertanto un'eccessiva asimmetria tra i due modelli di amministrazione e controllo.

<sup>129</sup> Né sembra che tale potere di condizionamento venga meno immaginando che il presidente debba attenersi ad istruzioni vincolanti dell'amministratore delegato, come ritiene M. IRRERA, *Il ruolo*, (nt. 109), 682, con soluzione che appare potenzialmente rischiosa sul piano organizzativo in caso di conflitto o di scarsa collaborazione tra le due cariche. Secondo l'A., l'attribuzione delle funzioni di presidenza del comitato esecutivo all'amministratore delegato (nelle banche di dimensioni significative in cui tale compresenza è ammessa: cfr. Sez. III, § 2.2.g.) dovrebbe essere evitata per il timore di un'eccessiva concentrazione di potere in capo a tale figura, ma la soluzione appare in realtà la più efficace per la maggiore padronanza delle informazioni in capo all'amministratore delegato, considerato che in ogni caso la presenza dell'organo esecutivo collegiale (ai cui lavori può partecipare il presidente) comporta già un maggior controllo delle

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

Un secondo punto topico della *governance* bancaria è quello relativo alla composizione dell'organo di supervisione strategica, che dev'essere caratterizzato non solo da requisiti di professionalità e indipendenza (art. 26, co. 3, lett. b, t.u.b.), ma anche – e qui sta il principale elemento di novità – da un adeguato livello di eterogeneità nelle caratteristiche dei componenti, i quali devono presentare «competenze diffuse (...) e opportunamente diversificate» (DV, Sez. IV, § 1), e pertanto riflettere «una gamma sufficientemente ampia di esperienze» (art. 91, § 1, dir. 2013/36), sulla base di criteri attinenti una serie di parametri, così esemplificativamente individuati dalle DV (Sez. IV, § 2.1.b.): età, genere, provenienza geografica, studi ed esperienza professionale.

Il considerando n. 60 della direttiva<sup>130</sup> esplicita le ragioni di questa scelta nell'idea che la mancanza di adeguato controllo sull'operato degli organi di gestione dipenderebbe principalmente dall'esigenza di contrastare il fenomeno della c.d. mentalità di gruppo (*group thinking*), che sarebbe a sua volta favorito dalla mancanza di “diversità” nella composizione degli organi sociali. Così, per favorire «l'indipendenza delle opinioni e il senso critico», risulterebbe necessario imporre un adeguato tasso di diversificazione individuale, sulla base di tutti i criteri indicati. Nelle DV (più che nella direttiva) si precisa, inoltre, che la *diversity* dovrebbe favorire la presenza di competenze diffuse nell'organo, evidentemente in funzione di un esercizio efficace delle relative attribuzioni.

---

attribuzioni affidate all'amministratore delegato, e che il complesso delle attribuzioni assegnate al presidente dell'organo di supervisione rappresenta a sua volta un contrappeso significativo (e del resto, lo stesso A. giustamente sottolinea l'esigenza di evitare l'introduzione di una “terza gamba” tra il presidente e l'amministratore delegato). Ove non sia invece presente l'amministratore delegato, l'A. ritiene che l'attribuzione la previsione di un'autonomia carica di presidenza del comitato esecutivo «comporterebbe un potenziale grave squilibrio del governo societario derivante dall'inserzione di un “terzo potere”», ma la soluzione sembra per un verso inevitabile alla luce dell'impianto regolamentare che nega la possibilità di una piena partecipazione del presidente del c.d.a. al comitato, e per altro verso forse non così “destabilizzante”, tenuto conto che in tal caso il ruolo di presidenza (attribuibile ad uno qualsiasi degli amministratori esecutivi, anche dietro nomina degli stessi) si ridurrebbe a funzioni di coordinamento dell'organo.

<sup>130</sup> «La mancanza di controllo da parte degli organi di gestione sulle decisioni dei dirigenti è in parte dovuta al fenomeno della mentalità di gruppo. Questo fenomeno è dovuto, tra l'altro, alla mancanza di diversità nella composizione degli organi di gestione. Per favorire l'indipendenza delle opinioni e il senso critico, occorre che la composizione degli organi di gestione degli enti sia sufficientemente diversificata per quanto riguarda età, sesso, provenienza geografica e percorso formativo e professionale, in modo da rappresentare una varietà di punti di vista e di esperienze. L'equilibrio tra uomini e donne è particolarmente importante al fine di garantire una rappresentazione adeguata della popolazione. In particolare, gli enti che non raggiungono una soglia di rappresentanza del genere sottorappresentato dovrebbero adottare misure adeguate in via prioritaria. La rappresentanza dei lavoratori negli organi di gestione potrebbe inoltre essere considerata uno strumento positivo per rafforzare la diversità, dal momento che apporta una prospettiva essenziale e una reale conoscenza del funzionamento interno degli enti. Organi di gestione più diversificati dovrebbero controllare più efficacemente la dirigenza e contribuire pertanto a migliorare la supervisione del rischio e la resilienza degli enti. Pertanto, la diversità dovrebbe far parte dei criteri per la composizione degli organi di gestione. Tale criterio dovrebbe essere applicato più in generale anche nell'ambito della politica degli enti in materia di assunzioni. Detta politica dovrebbe, ad esempio, incoraggiare gli enti a selezionare i candidati a partire da elenchi ristretti comprendenti entrambi i generi».

Questa linea di pensiero ha trovato di recente sbocco anche nella lettura della normativa in materia di rappresentanza di genere nelle società pubbliche e quotate, che viene da molti giustificata proprio in termini di “arricchimento” del processo decisionale<sup>131</sup>. La funzione di contrasto al *group thinking* dovrebbe essere, tuttavia, attribuita a quelle sole discipline che prendano in considerazione stabilmente una pluralità di criteri, idonei ad assicurare una complessiva composizione eterogenea dell’organo collegiale (come accade in ambito bancario), piuttosto che a normative come quelle in materia di parità di genere. E ciò a prescindere dal fatto che la tesi – ove riferita alle sole quote di genere – potrebbe risultare incerta sul piano dei presupposti, richiamando una vera e propria diversità congenita tra le rispettive capacità intellettuali ed operative, che appare quanto meno opinabile<sup>132</sup>.

La finalità (quanto meno prevalente) delle normative in materia di parità di genere – al di là delle incerte evidenze sui risultati in termini di *performance* aziendali<sup>133</sup> – dovrebbe essere pertanto tendenzialmente mantenuta all’interno delle tradizionali (e condivisibili) istanze di superamento delle discriminazioni (e pertanto del principio di eguaglianza sostanziale), semmai rafforzate dall’opportunità di favorire l’emersione di competenze poco sfruttate, a correzione dei fallimenti di mercato nella selezione delle migliori professionalità<sup>134</sup>. E tale

---

<sup>131</sup> Cfr. U. MORERA, *Sulle ragioni dell’equilibrio di genere negli organi delle società quotate e pubbliche*, in *Studi in onore di Mario Libertini*, Giuffrè, Milano, 2015, 531 ss.; E. DESANA, *La legge n. 120 del 2011: luci, ombre e spunti di riflessione*, paper presentato al convegno dell’Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale, «L’influenza del diritto europeo sul diritto commerciale italiano: valori, principi, interessi», Roma, 26-27 febbraio 2016.

<sup>132</sup> Anche il rilievo difficilmente verificabile, secondo cui una maggiore presenza del genere femminile sarebbe auspicabile (e soprattutto nelle banche) in quanto capace di ridurre la propensione al rischio (sul punto, L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, [nt. 15], 9 ss.) non appare del tutto convincente, perché il principio di “sana e prudente gestione”, più che indurre di per sé ad una riconsiderazione dei doveri degli amministratori nel senso di una vera e propria contrazione del livello di rischio d’impresa in sé (in questa direzione, vedi tuttavia C. ANGELICI, *Introduzione*, [nt. 13], 761 s.; G. GUIZZI, *Interesse sociale*, [nt. 13], 795; e G. LEMME, *Le disposizioni*, [nt. 87], 707, secondo cui il principio della sana e prudente gestione dovrebbe comportare come corollario quello di una vera e propria “avversione al rischio”; ma vedi V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria*, [nt. 27], 672 s., secondo cui il principio di prudenza premierebbe in realtà il nucleo stabile di controllo), dovrebbe comportare soprattutto maggiori doveri e responsabilità nella gestione e nel trattamento dei rischi (vedi anche *infra*, § 11). Nel senso che la gestione dei rischi debba essere di tipo proattivo e non difensivo, M. COMANA, *Governance bancaria*, (nt. 124), 304 s. Rileva correttamente come in situazioni di crisi un eccesso di collegialità (obiettivo strettamente collegato alla *diversity*) possa anche ostacolare la reattività dell’impresa, S. AMOROSINO, *La conformazione*, (nt. 24), 51.

<sup>133</sup> Per la descrizione di alcune indagini empiriche, vedi L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 12 ss.

<sup>134</sup> Per quest’ultima prospettiva, che va tenuta distinta dalla precedente sopra criticata, L. CALVOSA, S. ROSSI, *Gli equilibri di genere negli organi di amministrazione e controllo delle imprese*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 3 ss. In tal senso, varie ricerche tendono a supportare l’idea che il livello di professionalità dei c.d.a. nelle società quotate sia tendenzialmente aumentato dopo l’introduzione delle quote di genere (S. DEL PRETE, M.L. STEFANI, *Women as “gold dust”: gender diversity in top boards and the performance of italian banks*, in *Banca d’Italia, Temi di discussione [Working papers*, n. 1014/2015]); esito che secondo la prospettiva più realistica sembra dovuto in particolare all’effetto di rottura rispetto allo *status quo ante* – caratterizzato, anche in ambienti meno chiusi rispetto a quello italiano (vedi E. ANDREANI, D. NEUBERGER, *Corporate governance bancaria e sistema dualistico: riflessioni sull’esperienza tedesca*, in *BIS*, 2007, 197 ss.), dalla difficoltà di ricambio generazionale e professionale – ed alla conseguente applicazione di processi selettivi più virtuosi rispetto alle prassi precedenti (cfr. G. FERRARI, V. FERRARO, P. PROFETA, C. PRONZATO, *Gender Quotas: Challenging the Boards, Performance, and the Stock Market*, *CESifo Working Paper* n. 6084/2016, in *ssrn.com*; F. VELLA, *La qualità*, [nt. 14], 47; M. BIANCO,

spiegazione è confermata dal carattere transitorio della disciplina (in materia di società quotate e pubbliche), che non troverebbe spiegazione se la *ratio* fosse quella di contrasto al *group thinking*.

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

Ma la critica, a questo punto, dev'essere inevitabilmente più radicale, rispetto alle diverse valutazioni che potrebbero legittimamente confrontarsi nei confronti della disciplina delle quotate. Come si è ampiamente esposto in dottrina<sup>135</sup>, non risulta infatti alcuna evidenza che un *board* fortemente diversificato riesca ad assicurare risultati migliori (anche solo in termini di controllo) rispetto ad un organo caratterizzato da maggiore omogeneità interna, essendo invece immaginabili alcuni rischi che un tale sistema può comportare: la perdita di professionalità utili, una maggiore conflittualità interna, una peggiore circolazione delle informazioni, la possibile tendenza verso l'adozione di meccanismi formali di deresponsabilizzazione (annotazione a verbale di rilievi, dissensi, *etc.*), una notevole complicazione (e costosità) del processo di selezione degli amministratori<sup>136</sup>.

In definitiva, è fortemente dubbio che la misura risulti coerente con gli obiettivi dichiarati dalla normativa. Del resto, il quadro normativo speciale prevede già – e ben più comprensibilmente – dei forti vincoli nella selezione degli amministratori, sotto il profilo della professionalità e dell'indipendenza, della rappresentanza d'interessi (essendo obbligatoria nelle società bancarie la nomina nell'organo di supervisione strategica di componenti espressione della minoranza)<sup>137</sup> e dell'impegno nei doveri della carica [il riferimento è al limite per il cumulo degli incarichi, previsto dall'art. 26, co. 3, lett.e), t.u.b.].

Di contro, i limiti all'autonomia organizzativa sono qui penetranti, incidendo su un profilo – la scelta degli amministratori – che andrebbe in linea di principio rimesso alla libertà dei soci, soprattutto in assenza di evidenze contrarie o interessi superiori. Oltretutto il criterio, nella misura in cui si applica anche ad elementi come il «percorso formativo e professionale» (considerando 60), rischia di confliggere con la prescrizione secondo cui occorre che «la compagine dei componenti non esecutivi posseda ed esprima adeguata conoscenza del *business* bancario»<sup>138</sup>.

E sorge il dubbio che l'enfasi sulla *diversity* sia in qualche modo dovuta alla necessità di mascherare l'incapacità di intervenire su altri e più delicati snodi, come ad es. l'opportunità

---

A. CIAVARELLA, R. SIGNORETTI, *Women on corporate boards in Italy: the role of family connections*, in *Corporate Governance, An International Review*, 2015, vol. 23, 129 ss.).

<sup>135</sup> L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 9 ss.

<sup>136</sup> J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, (nt. 22), 377 s.; L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 9 ss.

<sup>137</sup> Ma per l'opportunità di intensificare tali forme di rappresentanza, F. CAPRIGLIONE, *La governance bancaria tra interessi d'impresa e regole prudenziali*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2014, 98 s.

<sup>138</sup> Sul punto, H. HAU, M. THUM, *Subprime Crisis and Board (In-)Competence: Privat vs. Public Banks in Germany*, INSEAD Working paper, 2010, 1 ss.; e sulla fondamentale importanza della “*board quality*” K. JOHN, S. DE MASI, A. PACI, *Corporate Governance in Banks*, (nt. 114), 311 s.

di inserire degli opportuni periodi di *cooling-off* tra cariche operative e cariche presidenziali<sup>139</sup>, ma soprattutto l'esigenza di regolare normativamente in modo finalmente armonizzato e compiuto il tema dei requisiti di professionalità<sup>140</sup>.

D'altra parte, il trasferimento della vigilanza prudenziale per le banche "significative" alla BCE è destinato ad innescare inevitabilmente su quest'ultimo piano un processo di rinnovamento sul piano normativo, come dimostra la recente pubblicazione di un documento di consultazione sugli orientamenti in materia di "*fit and proper assessment*"<sup>141</sup>.

Il documento si muove su un'impostazione ancora precaria del sistema, sulla base del quale la BCE – non essendo stata armonizzata in sede europea la disciplina in materia di requisiti di professionalità<sup>142</sup> – applicherà per le banche c.d. significative dell'Eurosistema (anche ai fini del potere di *removal*) direttamente le singole normative nazionali. In tale contesto, pur essendo il documento formalmente "non vincolante", e destinato ad entrare in funzione in caso di lacune nel diritto nazionale<sup>143</sup>, è tuttavia evidente l'obiettivo di perseguire – con finalità quasi suppletive rispetto al legislatore europeo – una maggiore (e necessaria) uniformazione dei criteri sostanziali<sup>144</sup> e un significativo incremento del livello di professionalità, opportunamente differenziando le posizioni di esecutivi e non<sup>145</sup>.

L'insieme di queste considerazioni depone, in conclusione, per un'interpretazione riduttiva delle prescrizioni in materia di *diversity*. Sul piano testuale, le DV (Sez. IV, § 1, nt. 1; § 2.1.b.) potrebbero prestarsi, infatti, ad una lettura più rigida, sulla base della quale ritenere necessario che l'organo di supervisione contenga un'adeguata diversificazione su tutti i profili rilevanti (competenze, esperienze, età, genere, proiezione internazionale), mediante un sistema di "quote" da definire nel processo di autovalutazione sulla composizione quali-quantitativa dell'organo di cui alla Sez. VI.

La direttiva sembra tuttavia riferire il requisito della *diversity* alla «composizione complessiva dell'organo di gestione»<sup>146</sup> (art. 91, § 1), tanto da affermare che «[l]l'organo di gestione possiede collettivamente conoscenze, competenze e esperienze adeguate per essere in grado di comprendere le attività dell'ente, inclusi i principali rischi» (art. 91, § 7). Ed anche gli orientamenti *EBA*, ai quali l'art. 91, § 12, affida il compito di elaborare la «nozione di diversità di cui tenere conto per la selezione dei membri dell'organo di

<sup>139</sup> In questa direzione, E. ANDREANI, D. NEUBERGER, *Corporate Governance*, (nt. 134), 224 s., G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 59; K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 30.

<sup>140</sup> In Italia, com'è noto, la normativa regolamentare è ferma al d.m. Tesoro, 18 marzo 1998, n. 161. Cfr. C. BRESCIA MORRA, *Gli amministratori di banche nella disciplina di vigilanza*, in *AGE*, 2004, 101 ss.

<sup>141</sup> ECB, *Draft Guide to fit and proper assessment*, november 2016.

<sup>142</sup> Vedi, infatti, il coevo documento di consultazione EBA (cit. *supra*, § 1), che prevede (anche se in forma più generica di quanto – apparentemente in modo non coordinato – propone la BCE) una maggiore attenzione rispetto alle attuali *Guidelines* per i requisiti di professionalità degli esponenti bancari.

<sup>143</sup> In particolare, i criteri guida della BCE sembrerebbero doversi applicare in caso di mancata scelta contraria da parte del legislatore nazionale.

<sup>144</sup> Il processo di uniformazione dovrebbe essere agevolato dalla competenza della Corte di Giustizia (dopo il riesame, di tipo non giudiziale, da parte del *Board of Review*): su questi temi, in generale, M. LAMANDINI, *Il diritto bancario*, (nt. 6), 439 ss.

<sup>145</sup> Per l'opportunità che i ruoli non esecutivi non siano necessariamente affidati a specialisti del settore, M. COMANA, *Governance bancaria*, (nt. 124), 311 ss.

<sup>146</sup> Latamente inteso: la distinzione tra organo di gestione in senso proprio e organo di supervisione strategica si rinviene infatti solo nelle *Guidelines* dell'*EBA* e poi nelle DV.

gestione», non contengono in realtà (vedi §§ 11 e 13) particolari precisazioni rispetto ai criteri alquanto generici contenuti nella direttiva.

E ciò lascia indurre che il requisito dell'adeguata diversificazione vada considerato in modo unitario e rispetto al dichiarato fine di un efficace controllo degli organi delegati, così da ritenere per un verso che non basti il mero rispetto di una logica per quote riservate (ove sussistano ragioni per ritenere che nel suo complesso l'organo di supervisione sia fortemente condizionato dall'organo di gestione per le caratteristiche individuali dei singoli componenti), e per altro verso che sia possibile invece raggiungere un grado conforme di diversificazione anche nel caso in cui si riscontri una forte omogeneità dei membri su alcuni dei parametri indicati dalle DV<sup>147</sup>.

#### 11. *Poteri, doveri e responsabilità degli amministratori non esecutivi.*

Altro profilo di particolare rilievo è quello relativo ai doveri degli amministratori non esecutivi, che appaiono accresciuti da molte previsioni normative: solo ad es., il dovere di agire con «indipendenza di spirito» (art. 91, § 8, dir. 36/2013) e autonomia di giudizio rispetto ai soci di cui il singolo amministratore è espressione (DV, Sez. IV, § 1); la stessa presenza dei requisiti di professionalità previsti dalla legge (che incide indirettamente sul criterio “elastico” di cui all'art. 2392, co. 1, c.c.); il dovere di astensione in caso di conflitto d'interessi (art. 53, co. 4, t.u.b.); e soprattutto il potere-dovere di acquisire, avvalendosi dei comitati (ove presenti), informazioni dal *management* e dalle funzioni aziendali interne (DV, Sez. IV, § 2.2.a.1.), accompagnato dalla previsione di flussi informativi aziendali diretti (non mediati dal presidente) destinati a tutti gli «organi aziendali» incluso l'organo di supervisione (DV, Sez. V.1.2.b.).

E' idea diffusa, al riguardo, che l'insieme di tali prescrizioni, e il complessivo assetto della *governance* bancaria, incentrato sul controllo attivo degli organi di gestione da parte dell'organo di supervisione strategica, comporti un incremento del livello di responsabilità a carico degli organi delegati<sup>148</sup>, sulla base peraltro di una tendenza che sembra già rinvenibile nella giurisprudenza in materia di sanzioni amministrative contro gli esponenti bancari<sup>149</sup>, e che troverebbe anche qui giustificazione nelle particolari esigenze di tutela della stabilità del sistema bancario<sup>150</sup> e nel principio sovraordinato della “sana e prudente gestione”<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> L'interpretazione esposta nel testo è confermata dal carattere dichiaratamente esemplificativo dei profili di diversificazione indicati nella Sez. IV, § 2.1.b., che non troverebbe altrimenti valida spiegazione. Adottando tale interpretazione, non sussisterebbe di per sé preclusione al fatto che i componenti dell'organo abbiano età simile o siano dello stesso genere. Rilievo maggiore dovrebbe, invece, assumere il profilo delle competenze (e pertanto anche degli studi) e delle esperienze (anche in riferimento ad aspetti come il numero di mandati o la provenienza dalla carriera interna).

<sup>148</sup> S. AMOROSINO, *La conformazione* (nt. 24), 47; J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, (nt. 22), 389; V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, (nt. 82), 30 s.; P. MARCHETTI, *Disposizioni*, (nt. 7), 415; F. RIGANTI, *Gli amministratori «non esecutivi» nella governance delle banche*, paper presentato al convegno dell'Associazione Orizzonti del Diritto Commerciale, «Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti», Roma, 17-18 febbraio 2017.

<sup>149</sup> Vedi Cass., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2737, in *Giur. comm.*, 2015, II, 24, con nota di A. MINTO.

<sup>150</sup> Cfr. K.J. HOPT, *Better Governance*, (nt. 1), 22, il quale ritiene necessario aumentare il livello di responsabilità degli amministratori in ragione dei doveri fiduciari verso i creditori (e pertanto anche i depositanti); e G.B.



Indubbiamente, la possibilità che il reticolo di previsioni normative speciali accresca di fatto il rischio di responsabilità per gli amministratori di banche è ben plausibile; e ciò può avvenire sia per le molteplici norme di dettaglio inserite nelle DV (soprattutto in materia di esatta conformazione degli assetti organizzativi), sia per l'altrettanto frequente utilizzo di clausole generali nella descrizione dei vari doveri previsti in capo agli amministratori.

E', pertanto, fondato il timore – avanzato da parte della dottrina – che si verifichino i classici effetti di *overdeterrence*<sup>152</sup>, costituiti fra l'altro dall'aumento dei costi (anche assicurativi), dalla maggiore difficoltà di reperire risorse adeguate per ruoli non esecutivi, dalla inibizione verso strategie innovative e comportamenti “fuori dal coro”<sup>153</sup> e dalla correlativa propensione verso eccessi ingiustificati di prudenza<sup>154</sup>.

In effetti, l'aggravamento della posizione dei consiglieri non esecutivi sembra realizzarsi soprattutto nell'ambito del sistema sanzionatorio speciale, che risulta utilizzato pervasivamente dall'Autorità di vigilanza<sup>155</sup>. E in tale ambito, va considerato che la disciplina (come modificata, su delega del d.l. 72/2015, dalla circ. Banca d'Italia, 3 maggio 2016) prevede a sua volta dei correttivi interni potenzialmente validi, come quello del temperamento della sanzione in rapporto ad una serie di elementi – tra cui il “grado di responsabilità” o la “capacità patrimoniale” dell'esponente, la “gravità e la durata della violazione”, e i benefici personalmente ottenuti dal comportamento illecito – che potrebbero controbilanciare la posizione dei non esecutivi rispetto all'organo di gestione ed evitare alcuni dei classici inconvenienti delle azioni di responsabilità. E tali caratteristiche potrebbero contribuire anche a configurare il sistema sanzionatorio come vero e proprio surrogato delle azioni di responsabilità sul piano della funzione general-preventiva (tenuto conto che in ambito bancario, come in tutte le società di grandi dimensioni, la funzione compensativa può in ogni caso essere difficilmente perseguita in modo efficace).

Deve negarsi, tuttavia, che il sistema normativo bancario preveda norme effettivamente eccezionali rispetto al diritto comune in materia di responsabilità degli organi sociali; mentre l'incremento (di fatto) del livello di responsabilità (e cioè del rischio di incorrere nelle sanzioni civili e amministrative) sembra più che altro dipendere dalla previsione a monte di doveri e poteri (come quello *lato sensu* ispettivo previsto dalle DV, che potrebbe comunque essere introdotto statutariamente anche nelle società di diritto comune)<sup>156</sup> non previsti nella disciplina legale delle s.p.a., ma che non dovrebbero valere a derogare il modello di ripartizione delle responsabilità tra esecutivi e non, previsto dall'art. 2381, u. co., c.c., e con ciò il significativo distacco che la riforma del diritto societario ha operato nel

---

PORTALE, *Amministrazione e controllo*, (nt. 87), 25 s., il quale si sofferma sulla condizione di sostanziale irresponsabilità dei consiglieri di sorveglianza nella situazione precedente alla CRD IV.

<sup>151</sup> Vedi C. ANGELICI, *Introduzione*, (nt. 13), 760 s.; e G. GUIZZI, *Interesse sociale*, (nt. 13), 794 ss.

<sup>152</sup> C. BARBAGALLO, *Doveri*, (nt. 109), 15 s.

<sup>153</sup> L. ENRIQUES, D. ZETSCHKE, *Quack Corporate Governance*, (nt. 15), 15 ss.

<sup>154</sup> J. ARMOUR, D. AWREY, P.L. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Bank Governance*, (nt. 22), 389 s.

<sup>155</sup> Anche nelle banche, come nelle società comuni, rimane infatti raro l'esercizio delle azioni di responsabilità al di fuori delle procedure concorsuali. Per alcuni dati statistici sui procedimenti sanzionatori, vedi P. SCHWIZER, *Le nuove regole*, (nt. 17), 9.

<sup>156</sup> Cfr. A. DE PRA, *Il nuovo governo*, (nt. 72), 583 ss.

2003 rispetto al precedente sistema che tendeva a profilare a carico dei non esecutivi una generica responsabilità per *culpa in vigilando*<sup>157</sup>.

La gran parte delle previsioni sui doveri degli amministratori, a sua volta, dovrebbe essere piuttosto vista come volta a concretizzare e adattare alla materia bancaria clausole generali (quali il dovere di agire in modo informato o il dovere di valutare l'adeguatezza degli assetti) già previste nel sistema codicistico<sup>158</sup>, tenuto conto che già in diritto comune è previsto il criterio di adeguamento del dovere di vigilanza alla «natura dell'incarico» (e pertanto alla tipologia di attività svolta: art. 2392, co. 1, c.c.).

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

In tal senso, la stessa previsione dei comitati interni, che viene spesso vista come possibile fonte di incremento di responsabilità per i non esecutivi<sup>159</sup>, alla luce degli strumenti che in tal modo il sistema prevede per l'acquisizione delle informazioni utili, dovrebbe apprezzarsi anche quale strumento idoneo a graduare il livello di responsabilità (e in determinati casi anche ad escludere la responsabilità dei componenti non esecutivi), visti i compiti ed i poteri affidati a tali strutture, piuttosto che come argomento per appiattare le posizioni di tutti i componenti dell'organo di supervisione<sup>160</sup>.

Sul piano sistematico, non sembra peraltro che il principio di “sana e prudente gestione” sia in grado di svuotare del tutto il criterio della *business judgement rule*<sup>161</sup>, ove si

---

<sup>157</sup> Il riferimento è naturalmente alla sostituzione dell'obbligo generico di vigilanza con la disposizione per cui il consiglio «valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione». E per una lettura che ancora rigorosamente la responsabilità a criteri di effettiva colpevolezza del singolo amministratore, cfr., tra gli altri, V. DI CATALDO, *Problemi nuovi in tema di responsabilità di amministratori di società per azioni: dal possibile affievolimento della solidarietà all'incerto destino dell'azione della minoranza*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 644 ss.

<sup>158</sup> Vedi A. MINTO, *Gli assetti*, (nt. 52), 631 ss. La distanza tra i due sistemi può del resto tendere a ridursi, se si accoglie la condivisibile prospettazione secondo cui anche in diritto comune sussiste un dovere degli amministratori di assumere le decisioni a seguito di istruttorie adeguate (C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 691 ss.), con ciò non limitando la responsabilità al solo caso in cui emergano vere e proprie lacune o contraddizioni nei rapporti informativi.

<sup>159</sup> Ad avviso di V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, (nt. 82), 24 ss., il compito fondamentale attribuito al comitato rischi potrebbe produrre un accrescimento del grado di responsabilità dei non esecutivi, anche senza reale coinvolgimento degli stessi (ma vedi lo stesso A., *infra*, nt. seg.). Nel senso che la disciplina preveda un ruolo eccessivo dei comitati, con rischio di svalutazione degli organi collegiali, G. LEMME, *Le disposizioni*, (nt. 87), 718 s. Per l'importanza fondamentale dei comitati anche nelle banche di piccole dimensioni, nella dottrina aziendalistica, vedi invece M. COMANA, *Governance* (nt. 124), 312 s., il quale mette in evidenza che l'esistenza dei rischi di aggiramento delle competenze collegiali o di cattivo funzionamento di tali strutture non può costituire argomento per negarne la validità o preferire assetti collegiali puri; e K. JOHN, S. DE MASI, A. PACI, *Corporate Governance in Banks*, (nt. 114), 310. Nel senso che la previsione obbligatoria del comitato interno di controllo nel sistema dualistico con organo di supervisione incentrato sul consiglio di sorveglianza non depotenzi la funzione collegiale, A. MINTO, *Assetti*, (nt. 80), 660.

<sup>160</sup> Conf., nel senso che la responsabilità per le decisioni istruite dai comitati dovrebbe essere tipicamente esclusa in caso di informazione adeguata e non sospetta, V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo*, (nt. 82), 26, nt. 8.

<sup>161</sup> In questa direzione, C. ANGELICI, *Introduzione*, (nt. 13), 761 ss.; G. GUIZZI, *Interesse sociale*, (nt. 13), 787 ss., i quali pure condivisibilmente evidenziano come la rilevanza del principio e la sua traduzione regolamentare

acceda ad una lettura in chiave prevalentemente “tecnica” del principio in questione<sup>162</sup>, che lasci intatta la regola di insindacabilità delle scelte di merito nella gestione<sup>163</sup>, e prefiguri anzi una riduzione dell’area della responsabilità dovuta alla generica violazione del dovere di diligenza, vista la concretizzazione delle clausole generali codicistiche (e bancarie) nel noto reticolo delle puntuali disposizioni di vigilanza in materia di esercizio dell’attività<sup>164</sup>.

Per il resto, affermazioni che si rinvergono frequentemente nella giurisprudenza in materia sanzionatoria, come quella per cui il dovere di agire informato presuppone un’adeguata conoscenza dell’attività imprenditoriale<sup>165</sup>, nonché il dovere di attivarsi (nei limiti dei poteri disponibili) per esercitare un concreto monitoraggio dei delegati, quella per cui l’assenza di una stabile retribuzione non comporta una riduzione dei doveri di diligenza<sup>166</sup>, quella per cui la complessa articolazione della struttura non esonera da responsabilità per l’inadeguatezza degli assetti<sup>167</sup>, o ancora quella per cui le relazioni “tranquillizzanti” degli uffici interni non esonerano di per sé gli amministratori dalla responsabilità<sup>168</sup>, non presentano, come detto, un carattere effettivamente derogatorio rispetto al sistema codicistico.

E tale valutazione non è in contrasto con il rilievo per cui il sistema sanzionatorio viene effettivamente applicato spesso in modo rigido dall’Autorità di vigilanza, restando obiettivamente difficile – vista l’ampia (o quanto meno l’ampio dovere di) circolazione delle informazioni tra gli organi sociali – aspirare ad un totale esonero della responsabilità per il singolo amministratore nel caso in cui emergano gravi irregolarità da parte degli esecutivi<sup>169</sup>. Il che non nega, a sua volta, la sensazione che la Banca d’Italia tenga effettivamente conto delle singole posizioni soprattutto in materia di quantificazione delle sanzioni.

---

comportino forti vincoli agli amministratori nel determinare il livello di rischio nell’attività, in controtendenza rispetto al criterio che informa la *BJR*.

<sup>162</sup> Vedi *supra*, § 3.

<sup>163</sup> Per diritto statunitense, ritiene che lo standard della *business judgement rule* – applicato dalla giurisprudenza senza particolari eccezioni in ambito bancario – abbia mantenuto anche dopo la crisi del 2007-2008 la funzione di baluardo idoneo, e forse anzi eccessivo, a tutela dei *directors*, F.A. GEWURTZ, *The role of corporate law in preventing a financial crisis – reflections on In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, in *Corporate Governance after the Financial Crisis*, ed. by P.M. Vasudev – S. Watson, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, 163 ss.

<sup>164</sup> Cfr. M. PORZIO, *La sana e prudente gestione*, (nt. 49), 385 ss. Anche sotto questo profilo, il criterio della sana e prudente gestione sembra tradursi innanzitutto in regole sul rigoroso trattamento dei rischi (secondo criteri d’intervento che non sono logicamente distanti da quelli di altre attività economiche che presentano rilevanti esternalità negative, ad es. di tipo ambientale), piuttosto che in regole di minimizzazione *a priori* dei rischi medesimi (anzi intrinsecamente maggiori di quelli presenti in altre attività): vedi *supra*, nt. 49.

<sup>165</sup> Cass., sez. II, 5 febbraio 2013, n. 2737, cit.

<sup>166</sup> Cass., sez. II, 15 giugno 2010, n. 14305.

<sup>167</sup> Cons. Stato, 3 settembre 2014, n. 4484 (con riferimento al collegio sindacale, ma con massima applicabile agli amministratori).

<sup>168</sup> Cass., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20934 (sempre in materia di collegio sindacale).

<sup>169</sup> R. LENER, L. GALANTUCCI, *A che cosa serve oggi il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori dell’Autorità di vigilanza?*, in *Banca e borsa*, 2011, II, 81 ss. Sotto altro profilo, è vero che in caso di gravi fallimenti della *governance* è difficile fornire la prova contraria sull’adeguatezza degli assetti, ma quanto meno sul piano civile (e in parte anche su quello sanzionatorio, quanto meno per la quantificazione della sanzione) dovrebbe restare ferma la necessità di valutare attentamente il nesso di causalità rispetto al danno allegato (e trattasi di prova talora non del tutto agevole, se richiesta in modo “rigoroso”): conf., V. CALANDRA BUONAURO, *Il ruolo*, (nt. 82), 33 ss.; Trib. S. M. Capua Vetere, 1 ottobre 2010, ne *il caso.it*.

In definitiva, quanto meno sul piano interpretativo, sarebbe auspicabile uno sforzo per ridurre la divergenza del diritto societario delle banche rispetto al diritto societario comune, piuttosto che una linea volta ad aggravare il solco tra i due sistemi<sup>170</sup>, dato che la tendenza – che pure resta strisciante in materia di sanzioni amministrative – alla “oggettivizzazione” della responsabilità in capo agli amministratori deleganti non sembra offrire guadagni in termini di prevenzione delle pratiche più rischiose ed irregolari, a fronte degli effetti negativi tipicamente determinati dalle condizioni strutturali di *overdeterrence*.

#### 12. *Spunti in materia di funzioni dell'organo di controllo.*

La posizione dell'organo di controllo nelle banche è sempre stata caratterizzata da ampi tratti di specialità, dovuti alla peculiare funzione di raccordo con l'Autorità di vigilanza (art. 52 t.u.b.), che finisce per influenzarne tutta la disciplina<sup>171</sup>. Alcuni brevi cenni al riguardo si rendono pertanto necessari, per offrire un quadro completo delle principali scelte normative effettuate dalle DV.

La regolamentazione della Banca d'Italia si caratterizza, infatti, per un elemento di novità, costituito dal coinvolgimento dell'organo di controllo, e in particolare del collegio sindacale nel sistema tradizionale, nel procedimento decisionale in alcune materie – la nomina e revoca dei responsabili delle funzioni aziendali interne, la definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli (Sez. III, § 3.1.) – per le quali esso deve essere obbligatoriamente sentito.

Si è osservato, pertanto, che il collegio sindacale assumerebbe nelle banche un vero ruolo di indirizzo<sup>172</sup>, che potrebbe (e a questo punto dovrebbe) essere esercitato in modo generalizzato, con la conseguenza ad es. che i sindaci avrebbero in linea di principio il dovere di promuovere interventi correttivi in ambito gestionale<sup>173</sup>. E tale scelta sarebbe coerente con l'evoluzione della figura nel diritto azionario, che reclamerebbe più in generale un maggiore coinvolgimento dei sindaci nelle scelte gestionali<sup>174</sup>.

I punto resta, tuttavia, alquanto incerto, perché in realtà il sistema codicistico non sembra prevedere elementi significativi di variazione rispetto alla tradizionale connotazione del collegio sindacale come organo “censorio”<sup>175</sup>. L'impressione, pertanto, è che i due casi di coinvolgimento dell'organo di controllo mediante il rilascio di pareri obbligatori siano dettati dal riconoscimento di un particolare ruolo del collegio sindacale come capofila dei controlli interni in ambito bancario<sup>176</sup>, limitatamente pertanto a tale – pur importante –

<sup>170</sup> Nella stessa prospettiva, V. CALANDRA BUONAURO, *Crisi*, (nt. 27), 691 ss.

<sup>171</sup> Cfr. U. MORERA, *I sindaci nelle banche*, in *Dir. banc.*, 1999, 214 ss.

<sup>172</sup> G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 52.

<sup>173</sup> P.F. MONDINI, *Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni*, in *BIS*, 2015, 44 ss.

<sup>174</sup> G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 52 s.

<sup>175</sup> Conf., M. LIBERTINI, *Il sistema*, (nt. 55), 65.

<sup>176</sup> Cfr. P. MONTALENTI, *La corporate governance*, (nt. 14), 29 s. Sul punto, deve segnalarsi l'orientamento critico di G. PRESTI, *Questioni*, (nt. 54), 35, secondo cui la posizione del collegio sindacale rischierebbe di essere negativamente influenzata dalla competenza dell'organo di supervisione strategica (e cioè il c.d.a.) in materia di architettura del sistema di controllo interno. Non sembra, tuttavia, che tale competenza sia in grado

ambito. Il che, a sua volta, comporta che tali prescrizioni non dovrebbero determinare particolari refluente sull'impostazione generale del modello tradizionale.

L'orientamento opposto rischierebbe, peraltro, di appiattare in modo ingiustificato il sistema tradizionale su quello monistico; evoluzione di per sé astrattamente non irragionevole a livello di sistema (ove si propenda per una maggiore efficienza di controlli non meramente censori, soprattutto nelle società di piccole-medie dimensioni)<sup>177</sup>, ma che sembra scontrarsi con il disegno del legislatore della riforma societaria di assicurare la possibilità per le imprese – salva l'adozione di modelli alternativi – di mantenere il sistema tradizionale nei suoi connotati storici, tra i quali rientra quello di una più marcata autonomia formale dell'organo di controllo rispetto agli organi decisionali della società. E tale carattere potrebbe essere viepiù apprezzato nelle banche, vista la funzione di cerniera con l'Autorità di vigilanza che svolge l'organo di controllo (art. 52 t.u.b.), quanto meno come possibile opzione (non necessariamente prioritaria) di conformazione del modello organizzativo – da verificare sulla base delle caratteristiche della singola banca – rispetto ad altri sistemi di amministrazione che prevedano una maggiore compartecipazione delle due funzioni.

### 13. I vincoli nella conformazione del sistema dualistico.

Particolarmente incisivo, e fortemente contestato in dottrina, è stato l'intervento delle DV sul sistema dualistico di amministrazione e controllo, rispetto al quale erano certamente indispensabili interventi correttivi<sup>178</sup>: si pensi alla professionalità dei consiglieri di sorveglianza componenti del comitato per il controllo interno (Sez. IV, § 2.3.1.d.), alla limitazione del potere di revoca da parte dell'assemblea (Sez. III, § 3.2./2.d.), alla previsione di poteri ispettivi (Sez. III, § 3.2./2.a.), tutti in funzione principalmente di un efficace esercizio della funzione di controllo propriamente intesa.

A livello d'impostazione del sistema, le DV richiedono al progetto di governo societario (e conseguentemente allo statuto) di allocare formalmente la funzione di supervisione strategica in capo al consiglio di gestione o a quello di sorveglianza (Sez. I, § 1; Sez. III, § 2.2.h.), in quest'ultimo caso opportunamente utilizzando le previsioni dell'art. 2409-terdecies, co. 1, lett. *f-bis*); e ciò al fine di rispettare il principio del modello organizzativo “per funzioni” che caratterizza il sistema<sup>179</sup>.

---

di pregiudicare i flussi verso il collegio sindacale, anche perché le scelte dell'organo di supervisione devono necessariamente assicurare i livelli informativi previsti dalle DV in termini di qualità e quantità delle informazioni, ed in caso contrario l'organo di controllo dovrebbe avere tutti i poteri necessari per intervenire a tutela della propria funzione (al di là del parere preventivo previsto dalla normativa regolamentare). E d'altra parte, sottrarre tale competenza all'organo amministrativo avrebbe comportato una deroga particolarmente forte al modello codicistico previsto dall'art. 2381 c.c., difficilmente giustificabile sul piano sistematico.

<sup>177</sup> Vedi, M. LIBERTINI, *La funzione*, (nt. 55), 1080 ss.

<sup>178</sup> Conf., G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 22 s.; M. LIBERTINI, *Il sistema*, (nt. 55), 68 s.

<sup>179</sup> Non è stata accolta, pertanto, la posizione più rigida di R. COSTI, *Governo*, 13, che aveva proposto di vietare il ricorso alla lettera *f-bis*) per le banche (per una critica a tale posizione, F. VELLA, *Il nuovo governo*, (nt. 17), 21; V. CALANDRA BUONAURA, *Crisi finanziaria*, [nt. 27], 689).

Questa scelta è stata criticata per l'impossibilità di attribuire comunque al consiglio di sorveglianza un mero ruolo di controllo, anche nel caso in cui la funzione di supervisione spetti al consiglio di gestione<sup>180</sup>, ma l'obiezione non sembra convincente. Si è detto, infatti, che l'architettura a tre livelli del sistema organizzativo, caratterizzato dall'individuazione di tre funzioni, sia pur talora attribuibili allo stesso organo [in caso di utilizzo delle previsioni di cui alla lettera *f-bis*], il consiglio di sorveglianza può rivestire, infatti, contemporaneamente le funzioni di organo di supervisione e di controllo], costituisce un tratto qualificante della disciplina settoriale, a partire dagli orientamenti *EBA*, da apprezzare positivamente soprattutto in ragione delle istanze connesse all'esercizio efficace della vigilanza ed all'armonizzazione della disciplina in sede europea (*supra*, § 7).

Appare, pertanto, corretto che la funzione di supervisione sia univocamente attribuita in principio nelle banche ad uno solo dei due organi societari<sup>181</sup>, indipendentemente dal fatto che le DV contengano effettivamente anche previsioni di dettaglio eccessivamente rigide, su profili che avrebbero potuto essere regolati con maggiore elasticità<sup>182</sup>.

Se può convenirsi in via generale, pertanto, con l'attribuzione di un potere di indirizzo al consiglio di sorveglianza anche in caso di mancato ricorso alla lettera *f-bis*), che può sfociare in raccomandazioni su strategie ed operazioni<sup>183</sup>, tale forma di intervento dev'essere tenuta nettamente distinta da quella di supervisione strategica, come delineata dalle DV, di tal chè il ruolo del consiglio di sorveglianza sembra in tal caso mantenersi – sia pure con caratteristiche diverse dal collegio sindacale – all'interno della tipica funzione di controllo, coerentemente con il modello generale di tripartizione delle funzioni adottato dalle DV<sup>184</sup>.

Del resto, non sembra costituire assetto organizzativo idoneo quello in cui il meccanismo dell'art. *f-bis*) venga usato solo in parte<sup>185</sup>. E' noto, infatti, che il sistema codicistico permette varie sfumature e varianti nella distribuzione dei poteri tra i due organi<sup>186</sup>, ma nelle banche tale libertà sembra opportunamente limitata, attorno a due modelli opposti (comunque parzialmente modulabili, ad es. nel catalogo più o meno ampio

<sup>180</sup> M. CERA, G. PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione interna e governo societario delle banche"*, in *AGE*, 2007, 605 ss.

<sup>181</sup> Conf., per una posizione critica rispetto alle precedenti DV 2008, che consentivano una sostanziale ripartizione della funzione di supervisione tra i due organi, V. CALANDRA BUONAURO, *Crisi*, (nt. 27), 687 ss.

<sup>182</sup> Si pensi al sistema di ripartizione dei compiti nella definizione ed approvazione delle operazioni strategiche [in senso critico, G.A. RESCIO, *L'adeguamento*, (nt. 60), 739 ss.; apprezzano invece l'articolazione regolamentare, (nel vigore delle DV 2008) F. VELLA, *Il nuovo governo*, (nt. 17), 30; R. D'AMBROSIO, M. PERASSI, *Il governo*, (nt. 2), 241, per i quali le previsioni servirebbero ad evitare la sovrapposizione di funzioni e cercherebbero di trovare un corretto equilibrio tra i reciproci poteri nel caso di adozione delle previsioni di cui alla lettera *f-bis*]. In argomento, vedi anche F. RIGANTI, *L'evoluzione*, (nt. 76), 304 ss., il quale giudica condivisibilmente in modo positivo la scelta di mantenere il potere di proposta in capo al consiglio di gestione.

<sup>183</sup> M. LIBERTINI, *La funzione*, (nt. 92), 1084 ss.

<sup>184</sup> Le distanze con il ruolo del collegio sindacale sfumerebbero anzi ulteriormente, in caso di adesione alle tesi che assegnano in via generale funzioni di indirizzo all'organo di controllo del sistema tradizionale (cfr. § precedente).

<sup>185</sup> E vedi infatti, prima delle DV 2014, i dubbi di G.A. RESCIO, *L'adeguamento*, (nt. 60), 734.

<sup>186</sup> V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*.

di operazioni strategiche riservate al consiglio di sorveglianza), ma sufficientemente univoci.

Così, non sembrerebbe consono alle esigenze più volte richiamate un modello che allochi la funzione di supervisione sul consiglio di sorveglianza, ma attribuisca a tale organo solamente le approvazioni dei piani e non quelle delle operazioni strategiche; e ciò perché il coinvolgimento in decisioni che attengono all'area della "supervisione strategica" richiede una precisa caratterizzazione dell'organo in ordine a vari profili (dalla composizione, alla regolazione di flussi informativi stabili, al ruolo del presidente), a sua volta legata all'altrettanto complessiva e stabile attribuzione di tale ruolo nella *governance* (cfr. Sez. III, § 2.2.b.), piuttosto che all'assegnazione di singole competenze.

Né sembra che l'insieme delle funzioni inderogabilmente attribuite al consiglio di sorveglianza, nel modello accentrato su tale organo, possa dirsi così eccessivo da svuotare addirittura le competenze del consiglio di gestione<sup>187</sup>, anche perché ottenere un risultato di piena allocazione della funzione di supervisione in capo al consiglio di sorveglianza richiede inevitabilmente l'assegnazione di competenze ben maggiori rispetto a quelle su piani ed operazioni strategiche<sup>188</sup>.

Parimenti, non appare accoglibile neanche la critica alla previsione per cui il consiglio di (pura) gestione dev'essere composto in prevalenza da non esecutivi<sup>189</sup> (Sez. IV, § 2.2.b.), in quanto anche tale previsione risulta conforme con i principi della normativa di settore, previsti nella direttiva (art. 74, dir. 36/2013). Se, infatti, la funzione di supervisione è allocata nel consiglio di sorveglianza, appare coerente – sia con il divieto di organi pletorici, sia con il criterio di efficiente funzionamento della *governance* – la previsione di un consiglio di gestione snello, operativo e maggiormente qualificato sul piano professionale<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> Paventano il rischio, G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 56, A. DE PRA, *Il nuovo governo*, (nt. 72), 541 ss.; e C. FRIGENI, *Prime considerazioni sulla normativa bancaria in materia di "organo con funzione di supervisione strategica"*, in *Banca e borsa*, 2015, I, 488 ss., il quale critica l'allocazione del comitato rischi all'interno del consiglio di sorveglianza, in caso di ricorso alla lettera *f-bis*), per il timore che il contributo del *management* non trovi in tal modo adeguato sbocco. Può tuttavia osservarsi che il comitato dovrà evidentemente confrontarsi in modo diretto con il consiglio di gestione e svolgere così un ruolo di cerniera tra i due organi del modello. Non sembra, inoltre, che l'accentramento delle funzioni di supervisione in capo al consiglio di sorveglianza comporti insormontabili problemi nell'applicazione del regime di responsabilità agli amministratori per gli atti decisi in sede di consiglio di sorveglianza (in tal senso, invece, C. FRIGENI, *supra cit.*, 499), dato che il potere di proposta in materia di piani ed operazioni resta in capo al consiglio di gestione, e che per ogni altra decisione dell'organo di supervisione residua comunque il potere-dovere di resistenza degli amministratori in caso di atti dannosi per la società e i creditori.

<sup>188</sup> In senso critico, G. PRESTI, *Questioni*, (nt. 54), 34, per il quale il sistema obbligherebbe a sbilanciare troppo il modello verso il consiglio di gestione o verso il consiglio di sorveglianza. Tale inconveniente appare, tuttavia, meno grave rispetto a quello che sarebbe derivato dal rischio di non poter attribuire chiaramente la funzione di supervisione in via esclusiva ad uno dei due organi. In particolare, nel caso di mancato completamento delle competenze di cui alla lettera *f-bis*) con le attribuzioni organizzative in materia di assetti e comitati, la funzione di supervisione del consiglio di sorveglianza potrebbe rimanere monca; analogamente, non convince l'ipotesi di una parziale erosione delle competenze di supervisione al consiglio di gestione, con attribuzione al consiglio di sorveglianza – quale organo di controllo – di un ruolo ibrido e di fatto anomalo rispetto al modello per funzioni di cui alle *Guidelines EBA*.

<sup>189</sup> M. CERA, G. PRESTI, *Commento*, (nt. 180), 608 s.

<sup>190</sup> In tal senso, non appare censurabile il fatto che sia ammissibile il ricorso alla delega, anche nel caso in cui il consiglio di gestione sia stato spogliato della funzione di supervisione (in senso critico, G. PRESTI, *Questioni*, [nt. 54], 34), fermo restando che in sede di autorizzazione occorrerà valutare l'adeguatezza in concreto

Deve convenirsi, invece, con la diffusa critica in dottrina alla disposizione (Sez. III, § 3.2./2.c.; Sez. V. § 2.2.e., nt. 4) che inibisce al presidente del consiglio di sorveglianza – quando tale organo svolga la funzione di supervisione strategica – di partecipare ai lavori del consiglio di gestione (riservando tale facoltà ai soli componenti del comitato per il controllo interno, di cui a sua volta non può – comprensibilmente – far parte), sulla base della pretesa necessità di evitare assetti bipolari di vertice<sup>191</sup>.

La critica trova fondamento non solo nell'estraneità di tale previsione rispetto al quadro comparatistico<sup>192</sup>, quanto (e soprattutto) nella contraddittorietà di tale prescrizione rispetto al complessivo impianto dello stesso sistema speciale, avuto riguardo al paragone con la conformazione del sistema tradizionale.

In particolare, la previsione non sembra tenere conto della forte valorizzazione del ruolo attribuito al presidente del c.d.a. – che può partecipare, sia pur senza diritto di voto, alle riunioni del comitato esecutivo: vedi *supra*, § 9 – nelle stesse DV. Il presidente dell'organo di supervisione assume, infatti, anche nel dualistico un ruolo nodale nella circolazione delle informazioni, ragion per cui risulta incoerente avere escluso tale figura dalla mera partecipazione (come assistenza) alle riunioni del comitato di gestione. E la differenza di trattamento tra i due sistemi non può adeguatamente giustificarsi per i maggiori poteri del consiglio di sorveglianza rispetto al c.d.a., dato che tale profilo caratterizzante del sistema dualistico non vale certo a negare l'opportunità del raccordo sul piano informativo, mentre eccessi di ingerenza del consiglio di sorveglianza nel suo insieme ben potrebbero determinarsi anche in assenza di partecipazione del presidente ai lavori del consiglio di gestione.

---

dell'assetto statutario (che dovrebbe valutarsi in ragione dell'ampiezza della delega, che dovrebbe essere in linea di massima incentrata sulla gestione ordinaria).

<sup>191</sup> M. CERA, G. PRESTI, *Commento*, (nt. 180), 607 s.; G.B. PORTALE, *La corporate governance*, (nt. 9), 59. Ritiene invece giustificabile la disposizione, per ragioni di tutela del consiglio di gestione dall'eventuale invadenza del presidente del consiglio di sorveglianza, F. MASSA FELSANI, "Interferenze" del consiglio di sorveglianza nella gestione dell'impresa: appunti dalla disciplina del governo delle banche, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, 873 ss.

<sup>192</sup> G.B. PORTALE, *op. loc. ult. cit.*