

Dicembre 2018

Banche e sistema monistico: l'ultimo sarà il primo?

*Prof. Avv. Niccolò Abriani, Ordinario di Diritto commerciale, Università di Firenze;
Partner, DLA Piper*

1. Last but not least

L'introduzione del sistema monistico nel nostro ordinamento ha avuto una genesi travagliata che si riflette nella sua peculiare collocazione all'interno del codice civile: una collocazione, da un lato, (forse) inconsapevolmente insincera e fuorviante, e dall'altro, (questa volta molto) consapevolmente, riduttiva e limitativa.

Insincera e fuorviante, in quanto fa apparire come una sorta di fratello minore quello che è non soltanto il modello di amministrazione e controllo di gran lunga più diffuso nell'attuale globo terracqueo, ma anche storicamente il più risalente.

Riduttiva e limitativa, in quanto viene offerto come ultima alternativa agli operatori, con un corredo normativo quanto mai esiguo, che si riduce a due soli articoli dotati di autonoma portata normativa e altri due che operano massicci rinvii al sistema tradizionale, attraverso il non univoco (e notoriamente pernicioso) "filtro" della compatibilità. Il medesimo approccio è stato seguito dalla disciplina autoregolamentare: per quanto possa apparire singolare, lo stesso Codice di Borsa Italiana che ha avuto il merito di introdurre in Italia l'istituto cardine del sistema monistico – ovvero gli *independent directors* – si limita ad operare al suo articolo 10 un generico rinvio all'applicazione delle previsioni dettate per il sistema tradizionale (in quanto compatibili e salvo adattamento: così il Principio P.1, ribadito dal Criterio applicativo C.2, lett. a), limitandosi a soggiungere un cenno alla naturale (verrebbe da dire, ovvia) legittimità dell'attribuzione al comitato per il controllo sulla gestione del sistema monistico delle funzioni assegnate al comitato controllo e rischi dal suo art. 7 (Criterio applicativo C.2, lett. b).

La tradizionale vischiosità della prassi degli operatori ha così trovato terreno fertile in una tecnica redazionale che ha obiettivamente accentuato – e tuttora accentua – le incertezze applicative sul "nuovo" modello. Alle barriere all'ingresso create dal legislatore si sono affiancati limiti e ritrosie di ordine in primo luogo culturale, che si è soliti riassumere nella formula della *path dependence*: di qui un circolo assai poco virtuoso che spiega in larga misura il ricorso selettivo al modello registrato nei tre lustri che ci separano dalla riforma societaria del 2003.

2. Dall'arrièrè boutique alla vetrina più prestigiosa: la recente riscoperta del sistema monistico

Se il quadro ora delineato rifletteva lo scenario che si presentava agli osservatori sino a pochi anni fa, nell'ultimo biennio si è assistito a una riscoperta del sistema monistico che ha permesso di sottrarre questo modello di *governance* dall'angusto *arrièrè boutique* del diritto societario, al quale era stato fino ad allora relegato, per farlo assurgere alla prestigiosa vetrina della *governance* di alcune delle più importanti società bancarie italiane.

Diversi sono i fattori che hanno concorso a questa riscoperta, per quanto ancora eminentemente qualitativa e non quantitativa, del sistema monistico. Se non va sottovalutato il contributo degli studiosi che ha, almeno in parte, colmato il *deficit* di conoscenza dei sistemi alternativi che ha accompagnato la loro introduzione nel diritto societario italiano, un ruolo cruciale va indubbiamente riconosciuto alle *Disposizioni di vigilanza sul governo societario delle banche*, emanate dalla Banca d'Italia sotto il governatorato di Mario Draghi, successivamente sistematizzate e confluite nella Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013: in tali disposizioni, oggetto di successivi aggiornamenti, la tradizionale visione formale-strutturale incentrata sui diversi organi dei vari modelli di *governance* lascia il campo a un approccio funzionale che conduce l'Autorità di vigilanza a valorizzare le peculiarità di ciascun sistema e a sottolineare come anche il modello monistico – al pari del sistema dualistico (in allora già sperimentato da importanti banche italiane) – possa costituire un sistema di amministrazione e controllo adatto a “rispondere alle esigenze di banche che operano in misura rilevante sui mercati internazionali in cui tali modelli sono maggiormente conosciuti ovvero facenti parte di gruppi in cui sono prevalenti tali forme organizzative”.

In coerente sviluppo dell'approccio funzionale prescelto, le *Disposizioni di Vigilanza* distinguono, come noto, tra funzioni di *gestione*, di *supervisione strategica* e di *controllo*, assegnando quest'ultima, nel sistema monistico, al comitato per il controllo sulla gestione, il quale viene dunque chiamato a vigilare “sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie, sulla corretta amministrazione, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca”.

In questa prospettiva le *Disposizioni*, da un lato, impongono alle banche che adottano il modello monistico di introdurre apposite clausole statutarie volte ad attribuire espressamente al comitato per il controllo sulla gestione, “il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie” e il potere di “procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo”; dall'altro, prevedono che nel modello monistico, come in quello dualistico, le banche debbano “adottare idonee cautele – statutarie, regolamentari e organizzative – volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per l'efficacia e l'efficienza dei controlli derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni di amministrazione e controllo”, garantendo alle “cariche

dei componenti dell'organo di controllo (...) caratteristiche di stabilità idonee a preservare la continuità nell'azione di controllo”.

A presidio dell'efficacia e dell'indipendenza dell'organo di controllo le Disposizioni stabiliscono che “lo statuto delle banche che adottano il modello monistico” deve altresì “attribuire all'assemblea il compito di nominare e revocare i componenti del comitato per il controllo sulla gestione ai sensi di quanto consentito dall'art. 2409-*octiesdecies* c.c.”: obliterando in tal modo la competenza assegnata al riguardo dalla disciplina di diritto comune, in via suppletiva, al consiglio di amministrazione e prescrivendo altresì che la revoca debba “in ogni caso essere debitamente motivata”.

Nell'assegnare un ruolo di primo piano ai componenti non esecutivi degli organi sociali con funzione di gestione, le *Disposizioni* fanno propria l'indicazione offerta per il sistema monistico dall'art. 2409 *octiesdecies*, precisando, nel solco di tale disposizione, che per “non esecutivi si intendono, in linea con le previsioni civilistiche, i consiglieri che non sono membri del comitato esecutivo, non sono destinatari di deleghe e non svolgono, anche di mero fatto, funzioni attinenti alla gestione dell'impresa”. Si dispone inoltre che, “al fine di assicurare l'efficacia dei controlli”, i componenti del comitato per il controllo sulla gestione non possano essere meno di tre, precludendo l'assunzione di altre cariche in organi diversi da quelli di controllo presso altre società del gruppo o del conglomerato finanziario o presso società nelle quali la banca detenga, anche indirettamente, una partecipazione strategica.

3. L'evoluzione della specie: un monistico 3.0?

Alle importanti integrazioni introdotte dalla disciplina bancaria, sulle quali si avrà modo di ritornare, si è affiancato il rafforzamento normativo operato, per le società quotate, dal Testo Unico della Finanza. Tra queste disposizioni fanno spicco gli artt. 152 e 153, comma 1, TUF, che rendono corrispondenti nei tre sistemi di amministrazione e controllo, rispettivamente, la disciplina della denuncia di gravi irregolarità e quella sull'informativa assembleare da parte degli organi di controllo in merito all'attività svolta e a quanto rilevato. Una specifica disposizione per il sistema monistico è contemplata nell'art. 151-*ter*, dedicato ai poteri del comitato per il controllo sulla gestione e dei suoi componenti, il quale riconosce a questi ultimi individualmente prerogative corrispondenti a quelle dei sindaci in punto di informazione e convocazione del comitato, attribuisce all'organo nel suo complesso – o ad almeno due membri dello stesso – il potere di convocazione del consiglio di amministrazione o del comitato esecutivo e la facoltà di avvalersi della collaborazione di dipendenti della società per l'espletamento delle proprie funzioni e stabilisce che il comitato per il controllo sulla gestione, od un componente dello stesso appositamente delegato, possa “procedere in qualsiasi momento ad atti d'ispezione e di controllo nonché scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate in merito ai sistemi di amministrazione e controllo ed all'andamento generale dell'attività sociale”.

La convergenza dei due alvei regolamentari ha così significativamente rafforzato il piedistallo normativo del sistema monistico, ponendo le premesse per una variante più completa ed evoluta del sistema (una sorta di “monistico 3.0”), che gli statuti delle banche hanno ulteriormente puntellato con previsioni volte a conciliare tali regole con i principi propri delle società bancarie, da un lato, e quotate, dall’altro (a cominciare dal voto di lista, sino alla *board diversity*). In questo quadro, se la Banca d’Italia ha conservato l’atteggiamento di “laica” imparzialità sottesa al ricordato approccio funzionale dalla stessa meritoriamente inaugurato, non stupisce che il presidente della Consob abbia rivolto una sollecitazione a sperimentare un “maggiore ricorso al sistema di amministrazione e controllo cosiddetto monistico, quello più diffuso a livello internazionale”, ravvisandosi in tale modello una possibile “soluzione” alle inefficienze connesse alle “potenziali sovrapposizioni di ruoli” di un sistema dei controlli interni “costituito da una pluralità di organi” (così il *Discorso* del Presidente della Consob in occasione dell’*Incontro annuale con il mercato finanziario* del 5 maggio 2014); mentre, pochi mesi dopo, un *Quaderno di ricerca* della stessa Autorità di vigilanza è giunto a concludere, all’esito di una documentata ricerca comparatistica, che “il modello monistico, oltre a rappresentare un modello di *governance* capace di rendere più competitive le imprese sui mercati dei capitali internazionali, potrebbe implicare una configurazione degli assetti organizzativi interni particolarmente adeguata ed efficace per la gestione e il controllo delle società quotate”.

Non si tratta qui di indulgere ad una ingenua esterofilia, che può rivelarsi non meno perniciosa di un’angusta visione domestica e risulta tanto più diffusa in contesti provinciali nei quali tende sovente a manifestarsi come “malattia senile del provincialismo”. È tuttavia evidente a chiunque volga lo sguardo anche soltanto Oltralpe, se non oltre la Manica e l’Atlantico, che il modello monistico si presenta come l’alternativa più immediata ed efficace al sistema tradizionale. Un sistema, quest’ultimo, la cui sostenibilità può apparire, proprio nel settore bancario, obiettivamente problematica; e ciò non tanto per presunti limiti intrinseci di un organo, quale il collegio sindacale, che costituisce al contrario un presidio avanzato di “vigilanza in purezza”, in sé meritevole di grande considerazione, ma in quanto le fonti normative – prevalentemente di natura internazionale – risultano di non agevole trasposizione al modello tradizionale.

Che il sistema monistico sia il sistema più facile da spiegare in lingua diversa da quella italiana, è fatto noto; il discorso assume però una peculiare pregnanza per le banche atteso che le *Linee guida* EBA sull’*internal governance* entrate in vigore il 1° luglio del 2018 sono state costruite innanzi tutto sulla base del modello monistico, appuntando l’attenzione sul *monitoring* del *board*, segnatamente in punto di governo dei rischi, e, in tale ambito, valorizzando il ruolo dei comitati endoconsiliari e dei consiglieri indipendenti: una circostanza, quest’ultima, che potrebbe contribuire ad alimentare specifico interesse per il monistico bancario. Del resto, anche la Direttiva 2013/36/UE sui requisiti patrimoniali delle banche (c.d. CRD IV) e la più recente *Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità* pubblicata dalla Banca Centrale Europea nel

maggio del 2018, pur contemplando anche la variante del sistema dualistico, assumono come immediato punto di riferimento il modello monistico di amministrazione e controllo.

Quando poi i principali azionisti siano non soltanto istituzionali, ma altresì stranieri, vi è poi un altro elemento che potrebbe suggerire l'adozione del modello monistico, tra i tanti forse quello meno tangibile ma nondimeno significativo. Si tratta della sua "riconoscibilità" all'estero, là dove, quando si parla di *governance* bancaria, la diversità tra i vari modelli di governo delle banche si fa evidente in relazione a quelle "varianti" che i sistemi "nazionali" *one* o *two-tier* possono presentare: in Italia, la *variante* è, come noto, il sistema tradizionale che anzi rappresenta una struttura intermedia e cioè terza rispetto ai due sistemi all'estero più "riconosciuti". Chi, oltre confine, non ha familiarità con la disciplina italiana, manifesta oggettive – e comprensibili – difficoltà a mettere a fuoco non tanto che cosa facciano, quanto che cosa *siano* gli *internal* o *statutory auditors*; provare a spiegarlo in lingua inglese non è facile e, ovviamente, non per una ristrettezza di vocabolario. Innumerevoli volte ci è stato chiesto da colleghi stranieri: "ma insomma, il vostro è un *one-tier* o un *two-tier system*"; questione alla quale si cerca di rispondere chiarendo che il modello tradizionale italiano si presenta, al contempo, come un *one-tier system* quanto all'amministrazione, rientrando nella competenza esclusiva dell'organo amministrativo sia la gestione dell'impresa, sia la supervisione strategica sulla stessa, e un *two-tier system* quanto al controllo sugli *executive*, sul cui operato si appunta, da un lato, il *monitoring* valutativo dei consiglieri non esecutivi (e in particolare dei componenti indipendenti del comitato controllo rischi) e, dall'altro, il controllo di legittimità del collegio sindacale; una vigilanza "in purezza", quest'ultima, che peraltro si estende al rispetto dei principi di corretta amministrazione da parte dell'intero organo amministrativo. Si tratta di una spiegazione che lascia però il più delle volte interdetti i nostri interlocutori; perplessità che si aggrava qualora si cerchi di dare una giustificazione razionale alla circostanza che anche in settori nei quali è predominante la valutazione di merito dei *non executive directors*, come nel caso di operazioni con parti correlate, i primi destinatari dei fulmini sanzionatori delle Autorità di vigilanza siano non già questi ultimi, bensì i componenti del nostro peculiare *Internal Auditor Board* (appunto, i sindaci), che al riguardo devono limitarsi ad una vigilanza *ab externo* sulla correttezza dell'iter procedimentale seguito e sulla ragionevolezza e congruità delle motivazioni adottate dall'organo amministrativo, nelle sue varie articolazioni.

Un ulteriore profilo sotto il quale il sistema monistico si rivela obiettivamente semplificatorio – e dunque, da questa angolazione, più coerente – riguarda il processo di *autovalutazione* degli organi sociali trattandosi del sistema che, più degli altri, riproduce – o pone le premesse per – un'organizzazione per comitati interni al consiglio di amministrazione. Un tema al quale la disciplina bancaria ha da sempre attribuito una peculiare rilevanza, accentuata dalle più recenti previsioni in tema di *fit and proper*, da un lato, e dalla disciplina sull'informazione non finanziaria, dall'altro. Esempio, a quest'ultimo riguardo, la nuova disposizione introdotta nell'art. 123-*bis*, comma 2, lett. *d-bis*), TUF, che impone di inserire nella relazione dell'organo amministrativo sugli

assetto proprietario e sul governo societario dell'emittente una valutazione anche in ordine alle politiche di diversità relative anche all'organo di controllo. Ora, se l'attribuzione al consiglio di amministrazione del compito di approvare la politica sull'organo di controllo – suggerita dai primi interpreti e recepita in una circolare di Assonime – desta legittimi dubbi rispetto al sistema tradizionale, analoghe remore non si ravvisano nel sistema monistico, nel quale proprio la peculiare concentrazione di funzioni nel “*monos-board*” crea le premesse affinché l'organo gestorio possa assolvere con efficacia ed effettività a quel compito di autovalutazione e, anzi, di valutazione preventiva di adeguatezza, prescritto dalle disposizioni regolamentari. In questa prospettiva non si può fare a meno di notare che l'essere il controllo che connota tale modello di *governance* un *monitoring* preventivo e valutativo (anche) del merito rende il sistema monistico particolarmente indicato per quelle società, come appunto sono le banche – e più comprensivamente le società quotate, anche non bancarie – dove è richiesto un maggiore coinvolgimento nel processo decisionale anche dei controllori e cioè una più larga condivisione delle scelte imprenditoriali tra i vari livelli dell'organizzazione interna comprese, appunto, strutture, uffici, dipartimenti; e quindi anche comitati interni al *board* investiti, a diverso titolo e a diversi livelli, del compito di vigilare sulla gestione, valutandone gli assetti e verificando l'efficacia del loro concreto funzionamento.

4. Consiglieri non esecutivi e sana e prudente gestione dell'impresa bancaria

Queste ultime riflessioni sospingono verso una considerazione più generale sul ruolo degli *independent directors* nel modello monistico. La scelta del sistema monistico assume invero un particolare significato sul ruolo determinante per la sana e prudente gestione della banca, che negli intendimenti e nelle previsioni del regolatore bancario i consiglieri non esecutivi sono chiamati a svolgere. Se tale indicazione è destinata a responsabilizzare ogni amministratore di imprese bancarie, tale responsabilizzazione coinvolge a più forte ragione i componenti del comitato per il controllo sulla gestione per i quali la funzione di “*monitoraggio sulle scelte compiute dagli esponenti esecutivi*” rappresenta il punto nevralgico ed anzi *naturalmente* qualificante della funzione di controllo.

Il discorso sulla sana e prudente gestione si fa specifico sul piano della remunerazione: è noto infatti che una parte della letteratura economica ha stabilito un collegamento pressoché diretto tra politiche di remunerazione dei banchieri e crisi finanziaria segnatamente puntando l'indice contro quelle forme di remunerazione che incentivano approcci di breve termine e cioè decisioni che promettono utilità immediate a fronte, però, di rischi eccessivi in chiave prospettica: in questo contesto si colloca del resto la proposta del Parlamento europeo di inserire nella CRD IV la previsione di un tetto alla componente variabile delle remunerazioni. In questo scenario, prenda o no corpo quella proposta in una vera e propria *rule*, la banca che in Italia adotti il sistema monistico si troverebbe nelle condizioni di precorrere per certi versi i tempi, atteso che per i componenti del comitato per il controllo sulla gestione la remunerazione deve essere fissa *per natura*.

Passando dalla articolazione degli organi di vertice ai “dipartimenti aziendali”, il modello di *governance* monistico pone poi le premesse anche per stabilire specifiche relazioni tra il comitato per il controllo sulla gestione e quelle funzioni aziendali che operano a diversi livelli del “controllo interno”.

In termini più generali, anziché sforzarsi di immaginare come possa fare il sistema monistico a recuperare terreno, in punto di qualità del controllo, rispetto agli altri due sistemi di *governance*, appare più proficuo – ed anche concettualmente più appropriato – chiedersi in che modo si possa valorizzare l’elemento peculiare del *one-tier model*: l’essere, cioè, il controllo monistico bensì strutturalmente “interno” al consiglio di amministrazione, ma dotato di una propria identità sul piano della funzioni. E ciò tanto più in un contesto normativo, come è quello bancario, dove il termine di riferimento della disciplina sono le funzioni e non, almeno direttamente, chi le svolge.

Se, allora, all’indomani della riforma poteva apparire una forzatura, i tempi posso oggi dirsi maturi per un cambio di prospettiva “copernicano”, che riconosca nella *dipendenza strutturale* dell’organo di controllo interno al *board* (appunto, il comitato per il controllo sulla gestione) un punto di forza, sul piano *funzionale*, del controllo monistico sulla gestione.

Il riferimento alle funzioni più che alle articolazioni organizzative e quindi la necessità di relativizzare le valutazioni di adeguatezza dei modelli di *governance*, vale specialmente a livello di gruppo, nell’ambito del quale si potrebbe valutare anche un utilizzo congiunto dei diversi modelli di *governance*. In particolare si potrebbe valutare di mantenere a livello di capogruppo un sistema arricchito dall’ulteriore presidio del “controllo in purezza” del collegio sindacale, sperimentando il sistema monistico nelle società controllate, dall’assetto proprietario compatto e coeso, assecondando, nei vari piani della catena di controllo, processi decisionali snelli e semplificati, ma, nell’ottica che si va dicendo, sempre rigorosamente monitorati: a tutto beneficio della qualità della direzione unitaria.

5. Sistema monistico e *governance* bancaria: peculiarità

Come si è anticipato, la *governance* bancaria presenta non trascurabili peculiarità essenzialmente di radice regolamentare volte a rafforzare il controllo sulla gestione anche nella variante “monistica”.

Si è già ricordata l’assegnazione all’assemblea del potere di nomina e determinazione del compenso dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione come pure, in via logicamente consequenziale, del potere di revoca. La disposizione di vigilanza viene così ad introdurre un vincolo all’autonomia statutaria della società bancaria a sistema monistico, cui è preclusa la conservazione della soluzione organizzativa che il codice civile considera “naturale” in punto di nomina e revoca dell’organo di controllo.

Un ulteriore prezioso tassello regolamentare è costituito dalla previsione secondo cui l'organo di controllo deve essere dotato di "compiti e poteri" necessari ad informare senza indugio la Banca d'Italia in caso di gravi irregolarità nella gestione. Indicazione normativa, quest'ultima, che è bensì destinata a valere per ogni sistema di *governance* ma che assume particolare significato ed anzi pregnanza nel sistema monistico vista la collocazione della funzione di controllo all'interno del consiglio di amministrazione: il concreto modo di atteggiarsi di questa interazione tra il comitato per il controllo sulla gestione e l'Autorità non può che risentire del fatto che, nel sistema monistico, a rendere l'informativa sono soggetti-vigilanti che strutturalmente operano *insieme* ai soggetti sul cui si appunta la vigilanza; ed anzi, e precisamente, *all'interno* del medesimo organo vigilato.

Il nostro ordinamento stabilisce una specifica interazione tra il comitato per il controllo sulla gestione e le Autorità (sia quella giudiziaria, sia quelle amministrative di settore): si parla infatti di denuncia, di segnalazione, di informazione, etc.:

- nell'art. 149 TUF, che stabilisce il dovere del comitato per il controllo sulla gestione di comunicare *senza indugio* alla Consob le irregolarità riscontrate nell'attività di vigilanza e di trasmettere i relativi verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti e ogni altra utile documentazione;
- nell'art. 25-bis TUF, che richiede al comitato per il controllo sulla gestione delle imprese di assicurazione di informare *senza indugio* la Consob di tutti gli atti o i fatti, di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti, che possano costituire violazioni della normativa di riferimento;
- nell'art. 152 TUF, che assegna al comitato per il controllo sulla gestione il potere di denunciare al tribunale quei fatti da cui possa trarsi il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione;
- nel Regolamento sui servizi di gestione accentrata, liquidazione, sistemi di garanzia (Provvedimento Banca d'Italia-Consob 22 febbraio 2008, e successive modificazioni), che all'art. art. 71 stabilisce il dovere del comitato per il controllo sulla gestione di trasmettere "senza indugio alla Banca d'Italia e alla Consob copia dei verbali delle riunioni e degli accertamenti concernenti irregolarità nella gestione, violazioni delle norme che disciplinano l'attività, nonché ogni altra notizia ritenuta rilevante" e di inviare "alla Banca d'Italia e alla Consob, con cadenza annuale, una relazione sull'esito dei controlli effettuati".

La segnalazione prende corpo in una comunicazione a «rime aperte» là dove, però, la libertà di scrittura e di scelta del tempo è per il comitato per il controllo sulla gestione altamente responsabilizzante proprio in virtù della sua peculiare collocazione nella "geografia" della *governance* societaria. In termini semplificati ma anche pratici per capire se la comunicazione del comitato per il controllo sulla gestione è stata tempestiva occorre

comprendere *quando* il comitato per il controllo sulla gestione è stato messo – o comunque si è oggettivamente trovato – nella condizione di prendere coscienza del rischio, della irregolarità o della violazione, oggetto di denuncia, segnalazione, informazione. Un momento che, per il comitato per il controllo sulla gestione, può allora essere molto anticipato e cioè venire molto prima rispetto a quanto possa dirsi per il collegio sindacale e per il consiglio di sorveglianza. Sul piano dei contenuti e quindi della *analiticità* della comunicazione va considerato che il comitato per il controllo sulla gestione è, appunto e strutturalmente, un “comitato” *del consiglio di amministrazione* sicché, rispetto al collegio sindacale, apprende o almeno è nella condizione (*rectius*, nella *posizione*, dal punto di vista della collocazione strutturale) di apprendere con anticipo informazioni e dati afferenti l’azione gestoria maggiori sul piano quantitativo e finanche migliori sul piano qualitativo.

Senza entrare nel merito dei contenuti della comunicazione e dei tempi nell’adempimento dell’obbligo di segnalazione, meritano di essere posti in rilievo, da un lato, la concreta possibilità che le irregolarità possano emergere (ancor più) anticipatamente nei sistemi monistici, dall’altra, però, anche il rischio di una sovra-informazione della Autorità, rischio dipendente dal fatto che quegli amministratori membri del comitato per il controllo sulla gestione potrebbero essere molto (...o forse troppo) concentrati sui profili di responsabilità che accompagnano l’obbligo di segnalazione e che su di essi sembrano farsi ancora più accentuati considerate le diverse, più incisive, prerogative di controllo.

Le singolarità che presenta anche sul piano normativo la *governance* bancaria non vanno però sopravvalutate al punto di ritenere che il governo aziendale delle banche si regga su logiche del tutto derogatorie rispetto a quelle comuni: tanto è vero che la disciplina bancaria ed in particolare le opzioni che quella disciplina suggerisce o comanda di seguire possono validamente rappresentare un utile termine di riferimento non solo per tutte le quotate, anche non bancarie, ma, più in generale, per quelle compagini societarie (anche di società non quotate) che vedono la presenza di soci – e, segnatamente, di investitori istituzionali – attenti alla qualità dei modelli di *governance* delle società sulle quali indirizzano i propri investimenti.

In questo senso non è una singolarità, né un caso, che il settore bancario rappresenti un *laboratorio* privilegiato dove testare soluzioni innovative di governo societario, come è, ancora oggi, l’opzione per il sistema monistico: a testimoniarlo il “caso” di Intesa Sanpaolo e di UBI, le quali, dopo aver scelto il “primo” (solo per ordine di apparizione nel codice) sistema di *governance* alternativo a quello tradizionale, hanno poi aggiornato le proprie iniziali valutazioni, “virando” verso il sistema monistico.

6. L’autonomia statutaria: puntelli e puntualizzazioni

Queste ultime notazioni inducono a svolgere alcune più specifiche riflessioni intorno alla possibilità di caratterizzare in termini peculiari il controllo monistico bancario attraverso ulteriori previsioni ed evoluzioni statutarie.

Sebbene non possa negarsi, in tema di *governance* bancaria, il progressivo ampliamento dell'area coperta da disposizioni eteronome, l'autonomia statutaria continua infatti a giocare un ruolo fondamentale sotto più aspetti e per una serie di ragioni:

- preliminarmente, nelle banche la necessità di ragionare per “funzioni” e non per “organi, uffici, strutture, etc.”, oltre a favorire una certa standardizzazione delle regole organizzative indipendentemente dal modello adottato, pone anche le premesse affinché l'autonomia statutaria possa godere di un adeguato margine di manovra;
- tra tutti i sistemi di amministrazione e controllo il monistico risulta, come ricordato, quello che più richiede l'intervento integrativo di norme statutarie dirette a completare quelle legali o regolamentari: in questo senso, i tratti distintivi del monistico “bancario” dipendono da quanto e da come gli statuti delle banche recepiranno le raccomandazioni formulate nelle Disposizioni di vigilanza su alcuni delicati temi di *governance* rispetto i quali ci si aspetta (e la prima ad aspettarselo è la Banca d'Italia) che gli statuti delle banche prendano esplicita posizione: si pensi al compimento di atti di ispezione e controllo, alla definizione dei flussi informativi e di misure correttive in caso di riscontrate irregolarità.

Qualche esemplificazione su come lo statuto possa caratterizzare il modello monistico bancario ci viene offerta dalla prima e più importante esperienza bancaria di *governance* monistica (Intesa Sanpaolo), traendo spunto dalla quale lo statuto potrebbe assoggettare a regole stringenti (fino ad escluderne l'ammissibilità) la cooptazione in caso di sostituzione dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione, stabilendo, ad esempio, che la sostituzione del componente cessato dalla carica avvenga attingendo automaticamente alle liste di candidati presentate al momento dell'elezione o, qualora ciò non sia praticabile, mediante apposita deliberazione dell'assemblea da convocare senza indugio. Ancora, per rendere effettiva la “rappresentanza delle minoranze nell'organo amministrativo”, si potrebbe procedere con un adattamento alle peculiarità monistiche della tecnica del voto di lista, con suddivisione in due distinte sezioni delle liste per l'elezione dell'organo amministrativo, così da meglio garantire la doverosa rappresentanza anche e specificamente all'interno del comitato per il controllo sulla gestione, di cui le minoranze sono chiamate ad esprimere (al pari del sistema tradizionale, ma a differenza del modello dualistico) il presidente. In questa direzione si potrebbero sperimentare ulteriori evoluzioni statutarie, quali un meccanismo di *staggered board*, che separi sul piano cronologico l'elezione dei consiglieri indipendenti destinati a comporre l'organo di controllo interno rispetto a tutti gli altri consiglieri (tra i quali naturalmente gli *executive*). Tale previsione varrebbe a rafforzare quanto già previsto dalla prassi statutaria della doppia sezione della lista, garantendo una maggior coesione del comitato per il controllo sulla gestione e una sua maggior *seniority* rispetto ai consiglieri nominati quando i componenti del comitato sono già in carica da uno o due anni. In parallelo si potrebbe attribuire allo stesso comitato il compito di elaborare la lista dei consiglieri che si propone all'assemblea di nominare in qualità di componenti dell'organo di controllo

interno (ciò naturalmente sul presupposto che la competenza sia assembleare, come è richiesto per le società bancarie).

Sempre in questa linea si potrebbe considerare l'introduzione di clausole dirette a subordinare al ricorso di una giusta causa non soltanto la revoca da componente del comitato per il controllo sulla gestione, ma finanche da consigliere di amministrazione dei suoi membri, quanto meno qualora costituiscano (come normalmente avviene) una minoranza dell'organo amministrativo (legittimità che in altra sede si è cercato di dimostrare e che ha trovato avallo anche in recenti orientamenti notarili).

Se tali sperimentazioni vanno attentamente ponderate, per il rischio di una eccessiva "sindacalizzazione" di controllori che, per quanto *independent*, sono pur sempre *directors*, con ben maggiore cautela andrà valutata l'introduzione di meccanismi statuari che affievoliscano la stabilità dell'organo di controllo interno: si pensi a clausole *simul stabunt*, *simul cadent*, che finirebbero per rimettere la permanenza in carica dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione a vicende che riguardano gli altri amministratori, e segnatamente ad atti unilaterali ricettizi – quali sono le rinunce all'incarico – discrezionalmente (salvo l'abuso) realizzabili da questi ultimi (in ipotesi estrema, alle dimissioni del solo presidente o amministratore delegato).

È in altre direzioni che la caratterizzazione statutaria del controllo monistico potrebbe rivelarsi virtuosa o, quanto meno utile ed opportuna: aumentare i presidi statuari a tutela dell'effettività del controllo monistico garantirebbe ad esempio un maggiore tenuta alla (legittima) scelta della società di portare all'interno dell'organo di controllo l'organismo di vigilanza, soprattutto ove ci si collochi nella prospettiva della valutazione prognostica che è chiamata ad operare l'autorità giudiziaria in ordine alla idoneità del relativo modello organizzativo 231. Previsioni statuarie del tipo di quelle considerate creerebbero le condizioni affinché gli indipendenti che formano il comitato per il controllo sulla gestione possano fungere *realmente e utilmente* da contrappeso rispetto all'operato degli *executives*, tema questo che rappresenta un punto tanto delicato, quanto ineludibile ai fini dell'efficace funzionamento del sistema monistico.

In breve, lo statuto può essere la sede idonea per stemperare, *in concreto*, i sospetti che il controllo monistico tradizionalmente (ed anzi storicamente) attira attorno a sé: sospetti che, peraltro e come noto, non è corretto che derivino da ragionamenti presuntivi o astratti ma da specifiche e concrete considerazioni, atteso che l'adeguatezza di ogni modello di *governance* dipende da fattori ed elementi che sembrano rappresentare veri e propri apriori di *ogni* sistema, segnatamente in punto di effettivo *fit and proper*, quali la competenza, l'integrità, l'autorevolezza, la professionalità, gli atteggiamenti soggettivi, la disponibilità di tempo da dedicare all'incarico delle *persone* che sono chiamate a svolgere il ruolo di consiglieri di amministrazione: in una parola, i "*comportamenti*", che peraltro rappresentano l'elemento di valutazione centrale della BCE che *istituzionalmente* è chiamata a controllare (anche) gli assetti di governo delle banche.

7. Sistema monistico, gruppi e *interlocking* dei controlli: una barriera all'ingresso?

Qualche puntualizzazione aggiuntiva merita il rapporto tra sistema monistico e gruppi di società: non tanto per le peculiarità normativa, quanto per la necessità di chiarire esattamente il contenuto precettivo di alcune disposizioni che danno l'impressione, se lette in superficie, di impedire l'adozione "piena e libera" del modello in esame. Una residua barriera all'ingresso parrebbe qui rinvenibile con riguardo a quell'*interlocking* tra organo di controllo della controllante e delle controllate strategiche di primo livello, che da sempre la Consob invita le emittenti a considerare attentamente. Questa prassi, indubbiamente virtuosa, ha piena cittadinanza nell'ambito dei collegi sindacali del sistema tradizionale, ma parrebbe preclusa nel sistema monistico alla luce della definizione regolamentare di amministratore indipendente. In questo modello, l'incompatibilità sancita dal codice civile e dal Testo Unico della Finanza tra consigliere indipendente della controllante e sindaco della controllata sembrerebbe destinata a riproporsi anche nel caso in cui controllante e controllata abbiano entrambe un sistema monistico, alla luce dei medesimi presupposti di indipendenza.

La questione va però diversamente impostata alla luce delle posizioni assunte dalla stessa Consob nella Comunicazione n. DEM/10046789 del 20 maggio 2010 dove si afferma che, «alla luce della ratio della disciplina (...) non comprometterebbe l'indipendenza la circostanza che l'amministratore indipendente della quotata svolga il ruolo di amministratore indipendente in altre società del gruppo» essendo quindi consentita «la nomina di un amministratore indipendente di una quotata come amministratore indipendente in una o più controllate della quotata senza che ciò determini di per sé la perdita dell'indipendenza», purché la pluralità di incarichi non sia tale da configurare quei «rapporti di natura patrimoniale» con la società o le società del gruppo «che ne compromettano l'indipendenza», previsti dal medesimo art. 148, comma 3, TUF.

Per questa via, si può quindi riconoscere la compatibilità non solo tra amministratori indipendenti componenti del comitato per il controllo sulla gestione di diverse società a sistema monistico del medesimo gruppo, ma finanche tra membri del comitato per il controllo sulla gestione e sindaci o consiglieri di sorveglianza di società controllanti e controllate: non solo si tratta di un cumulo compatibile, ma anche da una certa angolazione e di nuovo preferibile perché consentirebbe di valorizzare le competenze dei protagonisti dei controlli e la loro presenza nel gruppo tanto più se si considerano i rischi e le insidie specifiche che presenta il controllo sull'azione delle controllate. E una conferma di questo *favor* si rinviene anche nei criteri agevolati di calcolo per la determinazione del numero massimo di incarichi dei componenti degli organi di controllo previsti dalla stessa Consob e in quelli più di recente puntualizzati nella già richiamata *Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità* della BCE del maggio 2018, ove si escludono dal calcolo del cumulo degli incarichi quelli di amministratore ricoperti nell'ambito dello stesso gruppo (c.d. "cumulo privilegiato").

In una prospettiva evolutiva più sintonica al modello monistico, si potrebbe allora arrivare a configurare il comitato per il controllo sulla gestione come peculiare “*nomination committee*” chiamato ad avanzare al *board* le proposte di nomina degli organi di controllo delle società controllate: del resto, vi è da chiedersi se corrisponda ad una regola virtuosa la prassi che lascia in mano al *management* della capogruppo (talora in capo allo stesso CEO, ma più sovente demandata al CFO o al General Counsel) la scelta, a monte, in ordine alla effettiva applicazione del principio in esame e la selezione, a valle, dei candidati ritenuti più idonei a comporre gli organi di controllo delle società soggette a direzione e coordinamento.

8. Il comitato per il controllo sulla gestione quale parte del consiglio di amministrazione

Punti di domanda, rilievi e (auspicabilmente, non troppo audaci) suggestioni, come quelle appena articolate ruotano attorno ad un tema centrale ed in qualche misura di sintesi, che perciò si reputa opportuno trattare in conclusione: quella tra comitato per il controllo sulla gestione e la *restante parte* del consiglio di amministrazione è una dialettica *intra-organica* che all'esterno della società e segnatamente nel rapporto con le Autorità si esteriorizza come *inter-organica*. I componenti del comitato non si limitano ad assistere alle riunioni consiliari con lo sguardo osservatore (per quanto occhiuto e penetrante) del vigilante; ma propriamente *partecipano* ai consigli di amministrazione, tanto dal punto di vista pratico, quanto dal punto di vista giuridico. Si potrebbe dire che il loro è certamente – e *optimo iure* – un “*take part in the board*”, e non soltanto il pur scrupoloso “*attend*” evocato per il collegio sindacale dall'art. 2405 del codice civile.

Ed allora, se non ci si vuole cimentare nella ricerca di un vocabolo alternativo al termine “vigilanza” (o abdicare a favore del polisenso *monitoring* inglese), si potrebbe comunque pensare di intendere la vigilanza del comitato per il controllo sulla gestione sotto un'altra luce: non per snaturarne l'essenza ma anzi per valorizzarne l'efficacia. Accanto o per certi versi prima della vigilanza sull'*altrui* operato c'è la piena condivisione, da parte del comitato per il controllo sulla gestione (ed anzi direttamente e personalmente dei suoi membri), delle scelte gestorie (quelle ovviamente non delegate); più che intervento sostitutivo, del comitato per il controllo sulla gestione, rispetto ad *altrui* inerzie si può parlare di prevenzione, da parte del comitato per il controllo sulla gestione, di inerzie che sarebbero anche *proprie*, se ad esempio i suoi componenti non si attivano, non stimolano, non intervengono in maniera appropriata già durante il “primo tempo” rappresentato dalla riunione consiliare.

In definitiva, una vigilanza che si sviluppa lungo le linee di un peculiare ruolo “*co-gestorio*” dei controllori; e ciò non già nel senso tedesco (od olandese e quindi dualistico). Piuttosto è un più esplicito confronto con i sindaci ad essere sul punto decisivo, perché illumina la differenza tra la *vigilanza valutativa* e per c.d. “*in purezza*” di questi ultimi, che ha un suo momento qualificante nell'assistere ai lavori dell'organo amministrativo, da un lato; e la *vigilanza valutativa, partecipativa e proattiva* dei membri del comitato

per il controllo sulla gestione, che si estrinseca innanzitutto nella partecipazione attiva alle riunioni e alle deliberazioni consiliari.

Si tratta di una distinzione di piani che si riflette sui poteri di esercizio doveroso di segnalazione alle Autorità di vigilanza: da essa deriva infatti che, mentre quella dei sindaci è una denuncia presentata da soggetti che assistono (per quanto attentamente e scrupolosamente) all'operare dell'organo amministrativo e ne accertano le eventuali irregolarità (con relevantissimi poteri di ispezione), la denuncia dei componenti del comitato per il controllo sulla gestione è un modo per rappresentare all'Autorità profili meritevoli di segnalazione da parte di chi partecipa *ab interno* ai lavori consiliari nel cui ambito emergono le eventuali irregolarità.

Anziché di denuncia all'Autorità avente ad oggetto *altrui* irregolarità, si può dire che il comitato per il controllo sulla gestione *rende partecipe* l'Autorità circa contenuti ed effetti di fatti e comportamenti quando questi potrebbero ancora essere in una fase preliminare, preparatoria, di studio, di trattativa (si pensi alle operazioni con parti correlate di maggiore rilevanza). In tale prospettiva, il modello in esame potrebbe risultare, se correttamente inteso, il presidio più avanzato tra quelli offerti dal nostro ordinamento in punto di sistemi di amministrazione e controllo; ma anche potenzialmente il più intrusivo. E, dunque, se visto *ab externo*, quello che consente una più tempestiva e incisiva interlocuzione con le Autorità di vigilanza; ma anche che più si presta a far trascolorare il controllo di queste ultime da una dimensione di fisiologica latenza ad una *immanenza* nelle dinamiche delle società vigilate.

9. Considerazioni conclusive

In queste ultime considerazioni si annida la preoccupazione, ricorrente tra gli operatori non soltanto nel settore bancario, che i componenti del comitato per il controllo sulla gestione siano destinati a divenire una *longa manus* delle Autorità di vigilanza; e, sullo sfondo, il sospetto che tale potenziale approdo non sia invisibile a queste ultime ed estraneo al ricordato *favor* per il sistema in esame manifestato in particolare dalla Consob. A tale preoccupazione fa da *pendant*, su un versante diametralmente opposto, il non meno ricorrente *caveat* in ordine all'eccessiva *proximity* alla gestione dei membri del comitato per il controllo sulla gestione, che verrebbe la loro *objectivity*, determinando maggiori remore a procedere alle segnalazioni e denunce rispetto al collegio sindacale.

Questi due poli estremi costituiscono insidiosi Scilla e Cariddi, la rotta tra i quali impone di tenere ben saldo il timone. Si tratta di rischi intrinsecamente connessi al sistema in esame e che, in quanto tali, non si possono escludere *a priori*; ma che trovano un intrinseco contrappeso nella circostanza che la compartecipazione alla gestione determina una esposizione qualitativamente diversa alla responsabilità: un coinvolgimento diretto nelle responsabilità che, allora, permette di osservare sotto un'altra luce la stessa interazione tra il comitato per il controllo sulla gestione e le Autorità di vigilanza; interazione che si emancipa rispetto alla tradizionale dialettica "denunciatoria", per non

dire “accusatoria”, tipica dei rapporti tra gli *organi* di vigilanza e le Autorità, per diventare strumento di costruttiva prevenzione di violazioni e irregolarità.

Nel quadro sinora tratteggiato risulta quasi riduttivo, non ovviamente nel senso di superficiale, considerare i poteri attribuiti al comitato per il controllo sulla gestione come poteri-doveri di *controllo*, essendo richiesto ai suoi membri di assolvere un ruolo e di esercitare prerogative che svolgano un ruolo di stimolo *dall'interno* e che quindi siano di impulso verso gli *altri* amministratori nella ricerca della scelta non solo regolare, legale, etc. ma anche «migliore» (o «più efficiente»).

Dalle considerazioni sin qui svolte emerge, del resto, un ulteriore profilo meritevole di considerazione: quello del comitato per il controllo sulla gestione non è tanto un *sindacato sul merito* ma una partecipazione attiva e diretta alla *definizione dei contenuti di merito* dell'azione gestoria.

È su questi piani che vanno allora ricercate e valorizzate le peculiarità del sistema monistico e del suo peculiare organo di controllo interno, atteso che ricondurlo continuamente – come ancor oggi è dato sovente constatare, sia pure anche solo in una logica comparativa – al modello del collegio sindacale, e dunque, per così dire, “sindacalizzarlo”, significherebbe alterarne l'essenza, snaturare i connotati di unicità e concentrazione delle funzioni che connotano il sistema, mortificando le opportunità insite nel modello e, in definitiva, privare di senso l'adesione al monistico.