

SECONDA UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

IN

DIRITTO COMMERCIALE AVANZATO

LE COMPETENZE DEL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA

Relatore

Ch.mo Prof.

Mario Campobasso

Candidato

Luigi Caiazzo

Matr. 862/1837

Anno Accademico 2011 / 2012

LE COMPETENZE DEL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA

| | |
|--|--------|
| INTRODUZIONE | p. 1 |
| I. IL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA “FORTE” E “DEBOLE” | p. 7 |
| 1. Le competenze legali del Consiglio di Sorveglianza | p. 7 |
| 2. L’autonomia statutaria | p. 20 |
| 3. (<i>Segue</i>): I poteri del Presidente del Consiglio di Sorveglianza | p. 32 |
| II. LA FUNZIONE DI ALTA AMMINISTRAZIONE..... | p. 39 |
| 1. Le operazioni strategiche..... | p. 39 |
| 2. Condivisione o veto | p. 57 |
| 3. Il comitato interno | p. 66 |
| III. LE FUNZIONI DI CONTROLLO DEL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA.... | p. 80 |
| 1. Gli atti di ispezione e di controllo | p. 80 |
| 2. (in)utilità della lettera f- <i>bis</i>) dell’articolo 2409- <i>terdecies</i> comma 1 c. c..... | p. 88 |
| CONCLUSIONI | p. 97 |
| BIBLIOGRAFIA..... | p. 104 |

INTRODUZIONE

“Nessun istituto del diritto delle imprese ha interessato la fantasia e gli animi degli specialisti e dei non specialisti, nell’Europa degli ultimi trent’anni, quanto il Consiglio di Sorveglianza (Aufsichtsrat).

*Si tratta di un istituto inventato più di cento anni or sono dal diritto tedesco, così come – in modo del tutto coerente e consequenziale - di origine tedesca è anche la cogestione nel Consiglio di Sorveglianza”.*¹

Così iniziava il Suo discorso il Prof. Marcus Lutter nel lontano 1988 presso l’Università Cattolica del S. Cuore di Milano.

A distanza di ormai 25 anni, e dopo l’introduzione del sistema dualistico, e conseguentemente del Consiglio di Sorveglianza, anche nell’ordinamento italiano, queste parole non possono non risultare ancora attuali.

Il seguente lavoro di tesi si propone di analizzare i poteri e le competenze, attribuiti al Consiglio di Sorveglianza dalla “Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative” operata con il d.lgs. n° 6/2003 e con i successivi decreti correttivi, nn° 37 e 310 del 2004.

Il Consiglio di Sorveglianza è un organo concepito nel quadro del diritto azionario tedesco, con il compito di sorvegliare l’amministrazione dell’impresa affidata al Consiglio di gestione. Col tempo anche il mero controllo *ex post* sull’operato degli amministratori ha mostrato i suoi limiti, rendendosi così necessario un ampliamento delle competenze del

¹ M. LUTTER, *Il sistema del Consiglio di sorveglianza nel diritto societario tedesco*, in *Riv. delle Società*, 1988, vol. 33, p. 95.

Consiglio di Sorveglianza, si è così iniziato a parlare di funzione di c.d. “alta amministrazione”.

La normativa con cui il legislatore italiano ha trasferito tale modello di origine tedesca nel nostro ordinamento non si presenta di facile lettura: la tecnica legislativa usata, che si affida ad un massiccio uso di norme di rinvio e di richiamo, richiede un attento lavoro interpretativo volto a identificare la corretta distribuzione dei poteri tra l’assemblea dei soci, il Consiglio di Sorveglianza ed il Consiglio di gestione. Il legislatore italiano non è stato proprio impeccabile, è stato a tratti confusionario e approssimativo nel delineare il sistema dualistico. Inoltre come sostenuto da molti, per effetto di una stratificazione delle varie norme si è creato un sistema con rischi di duplicazione².

Nell’esaminare i poteri attribuiti al Consiglio di Sorveglianza si è partiti sempre da dati normativi, muovendosi quindi prima dal codice civile, spostando poi l’attenzione sulla disciplina settoriale (T.U.F., T.U.B., disposizioni di vigilanza della Banca d’Italia ecc...), concludendo infine l’analisi con dei richiami ad alcuni statuti presi in esame al fine di mostrare come nella prassi è stata attuata la disciplina precedentemente analizzata. Avendo tale sistema trovato largo spazio tra le banche, si è reso necessario accennare a come queste hanno deciso di “sfruttare” l’ampia autonomia statutaria che il modello dualistico concede³.

² Si veda l’ampio intervento del Vice-Direttore della Banca d’Italia ANNA MARIA TARANTOLA, *Governance, quale futuro per il duale*, tenutosi il 22 Aprile 2009 in occasione della presentazione del volume *Sistema Dualistico e Governance Bancaria*, edito da Giappichelli, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, di cui si farà ampio riferimento nel testo.

³ Le banche a cui si fa riferimento che adottano, ed hanno adottato, il sistema in esame sono: Intesa San Paolo, UBI banca, Banca Popolare (in correlazione a importanti concentrazioni) e

Il proposito dichiarato dal legislatore era quello di realizzare con il sistema dualistico il modello di amministrazione capace di assicurare, a differenza degli altri modelli di *governance*, la più ampia dissociazione tra proprietà (dei soci) e potere (degli organi sociali). In tal modo si sarebbe introdotto un modello particolarmente adatto a quelle società in cui la gestione è affidata a manager autonomi e con poche interferenze dei soci. Infatti alcune importanti funzioni dell'assemblea ordinaria (che nel modello tradizionale spettano ai soci e quindi alla proprietà) sono attribuite ad un organo professionale quale è il Consiglio di Sorveglianza⁴.

Tuttavia, come si mostrerà in seguito, lo stesso legislatore ha riconosciuto che nel modello dualistico italiano la dissociazione tra proprietà e potere non evita che il controllo societario venga commisurato pur sempre in base all'influenza dominante (diretta o indiretta) dei soci/proprietari.

I soci, infatti, anche nel sistema dualistico controllano la società, seppure per il tramite del Consiglio di Sorveglianza (inquadrabile come *longa manus* dei soci). Il che dipende, come si dimostrerà, dall'aver privato i consiglieri di Sorveglianza di quella stabilità che invece spetta ai sindaci, e che invece avrebbe consentito una vera e propria alternativa al controllo dei soci.

Mediobanca. Queste ultime due hanno poi abbandonato il sistema di controllo in esame, tornando al sistema tradizione. Tra il 2007 e il 2009, cioè il periodo in cui le quattro banche elencate avevano adottato tutto il sistema dualistico, queste rappresentavano il 48% del mercato bancario italiano in termini di capitalizzazioni di borsa.

⁴ Si vedano gli intenti dichiarati dal legislatore delegato nella *Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 6/2003*, 126.

Brevemente si può accennare all'esperienza tedesca dove alla nomina dell'*Aufsichtsrat*, prendono parte non solo l'assemblea, ma anche i rappresentanti dei lavoratori. Il modello tedesco è infatti, influenzato anche dalle regole sulla cd. *Mitbestimmung*⁵ (i.e. cogestione), mentre nel sistema italiano, dualistico e non, è escluso il coinvolgimento dei lavoratori⁶. Anzi, addirittura, il rapporto di lavoro con la società, o con le controllate o con le società soggette a comune controllo (art. 2409 *duodecies*, c. 10. lett. c), c.c.)⁷ è causa di incompatibilità con la carica di consigliere di Sorveglianza.

Si cercherà inoltre di dimostrare come il modello dualistico, nella fattispecie il Consiglio di Sorveglianza che ne è il cuore pulsante, si sia sviluppato in una direzione opposta e contraria a quanto previsto dal legislatore che aveva introdotto un sistema legislativamente vuoto, prevedendo solo poche clausole obbligatorie per gli statuti, lasciando a questi ultimi la più ampia autonomia organizzativa. Proprio questa autonomia è stata, come si dimostrerà in questo elaborato, pienamente

⁵ Con la *Mitbestimmung* si realizza una partecipazione paritetica all'*Aufsichtsrat* tra i consiglieri nominati dagli azionisti e quelli nominati dai lavoratori in tutte le società che abbiano almeno 2000 dipendenti; in tali società il presidente dell'organo di vigilanza è però eletto dai rappresentanti degli azionisti. Nelle società con meno di 2000 dipendenti, i rappresentanti dei lavoratori sono almeno un terzo (e non la metà) dei componenti dell'organo, mentre nelle società con meno di 500 lavoratori non c'è obbligo di *Mitbestimmung*. Si veda in lingua tedesca: H. FUCHS, R. KÖSTLER, *Handbuch zur Aufsichtsratswahl*, 2012, pp. 40 ss

⁶ Salvo quelle previste dallo Statuto della Società per azioni Europea, si vedano il *Regolamento CE* n. 2154/2001 e la *Direttiva* 2001/86/CE.

⁷ Questo articolo è stato modificato dal d.lgs. 310/2004, nella sua versione originaria rinviava alla causa di ineleggibilità e decadenza prevista dall'art. 2399, c. 1. lett. c), per l'elezione della carica di sindaco.

sfruttata sviluppandosi, però, in modo alquanto inaspettato per il legislatore delegato.

A differenza del sistema tradizionale, che tipicamente prevede una corrispondenza biunivoca tra organi elettivi e funzioni, nel sistema dualistico, non solo la funzione amministrativa viene articolata in due diversi segmenti (l'alta amministrazione viene assegnata al Consiglio di Sorveglianza e la gestione al Consiglio omonimo) ma, c'è anche un organo che cumula in sé due diverse funzioni: ci si riferisce al Consiglio di Sorveglianza al quale compete sia l'alta amministrazione che il controllo di legalità tipico del collegio sindacale. Si tratta in realtà di peculiarità che incidono sull'essenza stessa del sistema dualistico perché, a prescindere dai poteri dell'art. 2409-*terdecies*, c. 1, lett. f-*bis*), al Consiglio di Sorveglianza spetta sempre e comunque il potere esclusivo di nominare e revocare i componenti del Consiglio di gestione: il che implica un dovere di vigilare anche nel merito della gestione, e non solo sulla correttezza, ma anche sulla efficienza e sull'attuazione delle linee strategiche dell'attività imprenditoriale.

Il Consiglio di Sorveglianza, quindi, svolge sempre una funzione di indirizzo e supervisione strategica in quanto il potere di nomina/revoca non può essere diversamente disciplinato dagli statuti. L'eventuale modulazione statutaria dell'art. 2409-*terdecies*, c. 1, lett. f-*bis*) può, sensibilmente, rafforzare la funzione di alta amministrazione aggiungendo al controllo *ex post* sull'attività, anche quello *ex ante* o contestuale, su particolari atti ed operazioni.

In sintesi, e come si vedrà meglio anche nei successivi paragrafi, il sistema dualistico così come concepito e disciplinato in Italia, almeno a

livello legislativo, non si discosta eccessivamente dal modello tradizionale, individuando un organo di gestione e uno di controllo, attribuendo a quest'ultimo qualcosa in più.

In questo elaborato verrà quindi analizzato quanto i vari decreti legislativi hanno rimandato alla disciplina del sistema tradizionale, quanto è stato specificamente disciplinato per il solo sistema dualistico (soprattutto per il Consiglio di Sorveglianza) e quanto è stato lasciato agli statuti. Si rileverà come tutto ciò si riflette anche, in primo luogo, sul ruolo del presidente del Consiglio di Sorveglianza, per il quale si presenta molto delicato il problema derivante dal cumulo delle funzioni di alta amministrazione e di controllo, in quanto vi è il rischio di creare una figura che nei fatti si riveli autoreferenziale.

In secondo luogo, si analizzerà l'impatto che la normativa vigente ha sull'opportunità di articolare il Consiglio di Sorveglianza in comitati specializzati, tra cui assume particolare rilievo quello per il controllo interno deputato a svolgere le mansioni di controllo di legalità.

Filo rosso dell'elaborato sarà dimostrare come le competenze del Consiglio di Sorveglianza avrebbero, almeno in linea teorica, potuto evitare la corrispondenza dell'organo di sorveglianza con il collegio sindacale. Si osserverà come, nella maggior parte dei casi, specialmente riguardo alle società quotate, i consigli di Sorveglianza sono stati investiti di ampi (forse anche eccessivi) poteri di alta amministrazione e come il timore di un Consiglio di Sorveglianza mera variante del collegio sindacale possa dirsi dissipato.

CAPITOLO PRIMO

IL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA “FORTE” E “DEBOLE”

1. Le competenze legali del Consiglio di Sorveglianza

Il Consiglio di Sorveglianza concepito dal d.lgs. 6/2003 come “organo misto di gestione e di controllo”⁸ era mera espressione del socio (o della coalizione) di controllo, quindi con una forte tendenza ad intervenire nell’amministrazione della società. A tale organo la legge però riservava solo un potere di influenza indiretto.

Partendo dalla disciplina positiva del Consiglio di Sorveglianza, si applicano a tale organo gli articoli 2409 *duodecies* – 2409 *quaterdecies*. Il primo disciplina l’organizzazione interna del Consiglio, mentre l’art. 2409 *terdecies* determina le competenze dell’organo in esame ed è la norma (tra quelle che si occupano del sistema dualistico) che ha subito le maggiori modifiche.

Quanto all’art. 2409 *quaterdecies*, lo stesso richiama una serie di articoli che si applicano, in quanto compatibili, anche al Consiglio di Sorveglianza. Per questi motivi nel seguente elaborato si farà principalmente riferimento all’art. 2409 *terdecies*. Tale articolo, rubricato “competenza del Consiglio di Sorveglianza” è la norma che maggiormente caratterizza il sistema dualistico, in quanto prevede una serie di competenze in capo all’organo di controllo, che nel sistema tradizionale sono proprie dell’assemblea.

⁸ Cfr. *Relazione al D.Lgs. 6/2003*, cit.

Il comma 1 dell'art. 2409 *terdecies*, lett. a) attribuisce al Consiglio di Sorveglianza competenza a nominare e revocare i componenti del consiglio di gestione, nonché a determinare il loro compenso. Infatti nel sistema dualistico non è la proprietà a nominare i gestori, realizzando in tal modo la dissociazione tra la prima e i secondi. Nomina e revoca dei gestori sono competenze esclusive del Consiglio di Sorveglianza che non possono quindi essere trasferite all'assemblea. Tale soluzione sembra oggi pacifica, grazie ad una modifica della disposizione in esame che, tramite una *errata corrige*, per fugare ogni dubbio interpretativo (forse superfluo e infondato) si è limitata a sostituire una congiunzione con un punto e virgola⁹. Riguardo invece alla nomina (e revoca) dei consiglieri di sorveglianza è competente l'assemblea (art. 2364*bis*, c. 1 n. 1 e art. 2409*duodecies*, c. 2, c.c.). Va sottolineato che sia per la revoca da parte dell'assemblea dei consiglieri di sorveglianza che per la revoca, da parte di quest'ultimi, dei gestori, non è necessaria una giusta causa, ma a chi è revocato spetta il risarcimento del danno se la revoca sia *ad nutum*¹⁰. Il regime della revoca dei consiglieri di gestione è, come si è visto, identico

⁹ La *errata corrige* è stata pubblicata in G.U. n. 153 del 4 luglio 2003. Il testo precedente a tale modifica, permetteva, facendo leva su una eccessiva valorizzazione dell'autonomia statutaria, un'interpretazione capace di attribuire, per via statutaria, all'assemblea non solo la determinazione del compenso ma anche la competenza a nominare e revocare i gestori. Il vecchio testo della lett. a) dell'art. 2049 *terdecies* diceva: “[il Consiglio di sorveglianza] nomina e revoca i componenti del Consiglio di gestione e ne determina il compenso salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea”. Il testo vigente stabilisce invece che “[il Consiglio di sorveglianza] nomina e revoca i componenti del Consiglio di gestione; ne determina il compenso salvo che la relativa competenza sia attribuita dallo statuto all'assemblea”.

¹⁰ Art. 2409 *duodecies*, c. 5, e art. 2409 *novies*, c. 5, c.c.

a quello dei consiglieri di amministrazione del modello tradizionale. Invece il regime della revoca dei consiglieri di sorveglianza è molto meno protettivo di quello dei sindaci del modello tradizionale (i quali sono revocabili solo per giusta causa e previo consenso del tribunale: art. 2400, c. 2, c.c.). Ne consegue così, un sistema nel quale l'organo di sorveglianza ha più poteri rispetto a quello del sistema tradizionale, ma ha anche una minore stabilità.

Per quanto riguarda la determinazione del compenso dei gestori, è questa invece una competenza che per statuto può essere rimessa all'assemblea. Nonostante il mancato richiamo all'art. 2389, la retribuzione dei consiglieri di gestione sembra rappresentare materia di esclusiva competenza del Consiglio di Sorveglianza, salvo diversa previsione statutaria.

La lett. b) dell'art. 2409 *terdecies*, attribuisce al Consiglio di Sorveglianza la competenza ad approvare il bilancio di esercizio e, ove previsto, anche il bilancio consolidato. Anche in questo caso al Consiglio di Sorveglianza sono state attribuite delle competenze tradizionalmente non proprie. Infatti, l'approvazione del bilancio di esercizio è sottratta all'assemblea mentre l'approvazione del bilancio consolidato è sottratta agli amministratori. L'approvazione del bilancio può essere un utile strumento per il Consiglio di Sorveglianza che può verificare l'aderenza delle decisioni relative alla gestione rispetto alle direttive precedentemente impartite. Può essere, inoltre, per i gestori un'occasione per rendere conto all'organo che li ha nominati e che può revocarli.

Alla disposizione in esame va affiancata quella contenuta nel comma 2 dell'art. 2409 *terdecies*, in base al quale può essere previsto dallo

statuto che, in caso di mancata approvazione del bilancio o in seguito ad una richiesta di almeno un terzo dei consiglieri di gestione o di Sorveglianza, la competenza per l'approvazione del bilancio di esercizio sia trasferita all'assemblea. Quindi, perché possa ritornare all'assemblea la sola competenza relativa all'approvazione del bilancio d'esercizio (mai quello consolidato), è necessario che vi sia una clausola statutaria che lo preveda e che il bilancio non sia approvato dal Consiglio di Sorveglianza, ovvero che vi sia una richiesta di almeno un terzo dei gestori o dei sorveglianti.

Possono però sorgere problemi nel caso in cui manchi la clausola statutaria e il Consiglio di Sorveglianza si rifiuti di approvare il bilancio. In tal caso, se il conflitto tra i due organi non può essere diversamente sanato (ad esempio, tramite una nuova bozza di bilancio che abbia tenuto in considerazione le obiezioni del Consiglio di Sorveglianza), non resta che la revoca dei gestori da parte dei sorveglianti. In tal modo però, questi porterebbero a conoscenza degli azionisti l'esistenza di un conflitto interorganico, esponendosi così alla possibile revoca da parte dell'assemblea. Principalmente per questo motivo, è auspicabile la previsione statutaria del comma 2, dell'art. art. 2409 *terdecies*.

Passando alla lett. c) dell'art. 2409 *terdecies*, si rileva che la stessa, rinviando all'art. 2403, c.1, c.c., attribuisce al Consiglio di Sorveglianza il compito di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto nonché sui principi di corretta amministrazione. In particolare tale organo deve assicurarsi che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società sia adeguato e concretamente funzionante. Non vi è, invece, un richiamo al comma 2 dell'art. 2403, che attribuisce al collegio

sindacale il compito di esercitare il controllo contabile (nell'ipotesi previste dall'art. 2409 *bis*, c. 2), in quanto tale controllo nelle società con il sistema dualistico è sempre esercitato da un revisore contabile esterno, o da una società di revisione.

La lett. d) dell'art. 2409 *terdecies* prevede l'obbligo del Consiglio di Sorveglianza di esercitare, quando necessario, l'azione di responsabilità verso i componenti del consiglio di gestione. Presupposto necessario per esercitare tale azione è l'inosservanza dei doveri di diligenza nell'attività di gestione da cui deriva la responsabilità solidale dei gestori (art. 2409 *undecies*). Inoltre il legislatore ha anche previsto che l'azione di responsabilità possa essere esercitata non solo dal Consiglio di Sorveglianza, bensì anche dall'assemblea e/o dai soci¹¹.

Il richiamo all'art. 2393 *bis* non pone particolari problemi nell'ambito del sistema dualistico. Più complessa invece è la trasposizione nel sistema dualistico dell'art. 2393. Non essendo, però, questa la sede per analizzare i problemi che tale trasposizione suscita, si intende fare soltanto un breve accenno alle difficoltà applicative che derivano dal comma 5 dell'art. 2393, che a prima vista sembrerebbe ledere le competenze del Consiglio di Sorveglianza. Infatti, in base a tale disposizione, in conseguenza dell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dell'assemblea, consegue la revoca dalla carica del componente dell'organo di controllo contro cui è esercitata; in tale ipotesi l'assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori (i.e. gestori). Nascono così diverse perplessità in quanto la nomina, la revoca e la sostituzione, come precedentemente chiarito, sono di esclusiva competenza del Consiglio di

¹¹ Si vedano i richiami presenti nell'art. 2409 *decies*, c.1 che invocano gli artt. 2393 e 2393*bis*.

Sorveglianza. In tal caso, sarà il Consiglio di Sorveglianza a provvedere, senza indugio, alla sostituzione (o alla revoca) del gestore verso cui è stata promossa l'azione di responsabilità da parte dell'assemblea¹².

Sempre riguardo alla possibilità di agire nei confronti dei gestori, alla lett. e) dell'art. 2409 *terdecies* è stata prevista la facoltà per il Consiglio di Sorveglianza, di presentare, ai sensi dell'art. 2409, la denuncia al tribunale qualora vi sia il fondato sospetto che i gestori abbiano agito in violazione dei loro doveri compiendo gravi irregolarità nella gestione.

Estremamente chiara è la previsione della lett. f) dell'art. 2409*terdecies*, che, con qualche somiglianza con i poteri del collegio sindacale, sancisce l'obbligo in capo al Consiglio di Sorveglianza di riferire all'assemblea, per iscritto ed almeno annualmente, sui risultati della vigilanza svolta, sulle omissioni accertate e sui fatti censurabili rilevati.

Prima di continuare con l'analisi dell'art. 2409 *terdecies*, è opportuno richiamare l'attenzione su altri specifici poteri che il legislatore ha attribuito al Consiglio di Sorveglianza, al fine di permettergli di assolvere al meglio le proprie funzioni. I riferimenti vanno cercati nei diversi rinvii che soprattutto l'art. 2409 *quaterdecies* fa alla disciplina dettata per il collegio sindacale. Tra le norme che si applicano per rinvio, e che delineano i poteri del Consiglio di Sorveglianza vi è l'art. 2403 *bis*, limitatamente al comma 2 e comma 3. Infatti non vi è rinvio al comma 1,

¹² Giunge a questa conclusione M. RONDINELLI, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il Consiglio di sorveglianza*, in *Contratto e impresa*, vol. I, 2007, pp. 181-182.

che attribuisce ai sindaci il potere di procedere anche individualmente ad atti di ispezione e controllo¹³.

In base ai commi richiamati, il Consiglio di Sorveglianza può richiedere ai gestori notizie relative all'andamento delle operazioni strategiche ed a determinati affari; può inoltre scambiare anche informazioni con i corrispondenti organi delle società controllate.

Riprendendo l'esame dell'art. 2409 *terdecies*, ci si imbatte nella lett. *f-bis*) che assume una notevole importanza sistemica. È infatti in base a tale norma che il Consiglio di Sorveglianza può, se previsto da statuto, deliberare in ordine alle operazioni strategiche e ai piani, industriali e finanziari della società, predisposti dal Consiglio di gestione. L'introduzione di tale lett. *f-bis*) avvenuta ad opera del primo decreto correttivo, il d.lgs. n. 37 del 2004, sul cui testo è poi intervenuto il secondo decreto correttivo, il d.lgs. 310 del 2004, determinandone l'attuale versione della norma in esame, è stata di fondamentale importanza. Infatti sono state così attribuite al Consiglio di Sorveglianza oltre alle funzioni di controllo, anche delle competenze di alta amministrazione e di indirizzo della gestione.

Essendo attribuita al consiglio di gestione una competenza esclusiva in materia di gestione, taluni, dopo l'introduzione della lett. *f-bis*) prima della sua modifica ad opera del d.lgs. 310/2004, avevano sostenuto che al Consiglio di Sorveglianza non si attribuiva una specifica competenza a deliberare su specifiche operazioni, ma solo una competenza a supervisionare la gestione, mediante la predisposizione di piani (questa era l'espressione della norma che non faceva ancora riferimento alle

¹³ Per un'analisi di tale omissione si veda il cap. III, par. 1.

operazioni strategiche)¹⁴. Con il secondo decreto correttivo il legislatore precisando quando previsto dalla lett. *f-bis*), ha riconosciuto la possibilità che il Consiglio di Sorveglianza approvi singoli atti; ciò potrebbe condurre alla realizzazione di clausole statutarie contenenti dei veri e propri cataloghi, come tra l'altro avviene nell'ordinamento tedesco, di cui più avanti si illustrerà.

Quelle fin qui esposte sono solo le norme codicistiche che disciplinano le competenze del Consiglio di Sorveglianza. Non va infatti dimenticato che diverse sono state le fonti secondarie e settoriali che hanno ulteriormente disciplinato la competenza e i poteri del Consiglio di Sorveglianza soprattutto per quanto riguarda la sua, eventuale, funzione di alta amministrazione. Più avanti, nel testo, sarà dato ampio spazio soprattutto a questa disciplina.

Basta qui ricordare che quanto previsto dal *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria* (in seguito T.U.F.) disciplina in maniera organica le interazioni tra soggetti che operano sul mercato finanziario e regola i principali aspetti dell'intermediazione

¹⁴ Si veda A. GUACCERO, *Commento agli artt. 2409octies – 2409noviesdecies (Sistema dualistico e sistema monistico)*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, Jovene, 2004, p. 874. L'autore ha infatti affermato che in sede di revisione della riforma il legislatore delegato (del d. lgs. 34/2004), nell'introdurre la lett. *f-bis*) dell'art. 2409 *terdecies*, ha soltanto attribuito al Consiglio di sorveglianza una competenza generica di “deliberare in ordine ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal Consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti.” Non sembra, quindi, esserci una vera e propria competenza gestoria, (se non in modo indiretto), quanto piuttosto una “supervisione sulla pianificazione di vertice effettuata dall'organo amministrativo”.

finanziaria¹⁵. Vi è inoltre il *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (in seguito T.U.B.) che disciplina l'attività delle banche, intesa come tutto ciò che ha a che fare con l'attività bancaria¹⁶. A ciò vanno aggiunti i vari regolamenti CONSOB, le Disposizioni della Banca d'Italia e delle Autorità Garanti.

Come visto, vi è stato un rafforzamento dei poteri del Consiglio di Sorveglianza rispetto a quelli originariamente previsti dalla riforma del 2003. In tal modo si è spostato il baricentro dell'organo in esame dal controllo "parasindacale"¹⁷ all'alta amministrazione.

Essendo propri del Consiglio di Sorveglianza, o ad esso attribuibili per via statutaria, sia poteri che tradizionalmente competono all'assemblea, sia competenze che nel sistema tradizionale sono tipiche del collegio sindacale, sia eventuali poteri gestori, taluni sostengono che il Consiglio di Sorveglianza sia un organo ibrido¹⁸.

La dottrina italiana ha individuato la peculiarità del sistema dualistico nella scomposizione delle funzioni sociali della delega rilasciata dai soci,

¹⁵ Si rivolge ad esempio alle banche, alle Società di intermediazione mobiliare (Sim), alle società di investimento a capitale variabile (Sicav), società di gestione del risparmio (SGR), ecc...

¹⁶ Secondo quanto previsto dall'art. 10 del T.U.B.

¹⁷ P. ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 7.

¹⁸ Il Consiglio di sorveglianza ha natura ibrida, "una sorta di irrocervo a mezzo fra le regole dell'organo di controllo e dell'organo gestorio" S. Fortunato, *I controlli nella riforma del diritto societario*, così come richiamato nella nota n. 2 da M. WEIGMANN, *Consiglio di Gestione e Consiglio di Sorveglianza: le prime applicazioni del Modello Dualistico. Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di M. CERA e G. PRESTI in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, p. 252.

fondata non più sulla tipica bipartizione, tra amministrazione e controllo, bensì sulla tripartizione: gestione strategica, gestione corrente e controllo di gestione¹⁹.

La peculiarità del sistema in esame si rinviene quindi essenzialmente nella configurazione del Consiglio di Sorveglianza, che si frappone fra la proprietà e la gestione della società, costringendo quindi l'assemblea ad un ruolo un po' più marginale, ma comunque essenziale, rispetto a quello che tradizionalmente riveste.

È innegabile che il Consiglio di Sorveglianza debba ricoprire ed esercitare le tipiche funzioni del collegio sindacale, come ad esempio la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e peculiarmente, sull'idoneità dell'assetto adottato dalla società sotto i profili organizzativo, amministrativo e contabile oltre agli altri succitati compiti previsti nell'art. 2409*terdecies*. Tra l'altro in capo al collegio sindacale delle società quotate sono escluse alcune competenze (Art. 154, c. 1 T.U.F.) e quindi, per il rinvio esplicito previsto dal art. 154, c.2 T.U.F, non si applicano nemmeno al Consiglio di Sorveglianza delle società quotate. Per questo motivo il Consiglio di Sorveglianza delle società con azioni quotate non ha l'obbligo di vigilare sull'osservanza delle leggi e dello statuto, sulla corretta amministrazione nonché sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Inoltre anche in presenza di un

¹⁹ Si veda, *ex multis*: M. WEIGMANN, *op. cit.*, pp. 251 ss.; C. MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di sorveglianza*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA e G. PRESTI in *AGE*, vol. II, 2007, pagg. 301 ss.; dello stesso autore, *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie*, in *Studi di Impresa – Consiglio nazionale del Notariato – studio n. 162*, 2007.

fondato timore, i consiglieri di vigilanza di una società quotata non possono denunciare al tribunale gli amministratori che abbiano violato i loro doveri, compiendo gravi irregolarità nella gestione societaria. Tantomeno non hanno l'obbligo di riferire per iscritto all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta.

Si è fatto cenno a queste funzioni indicandole come tipiche, caratterizzanti il collegio sindacale. Vi è però chi ritiene che il controllo, visto come l'attività di verifica di un agire o di un comportamento o di un atto rispetto alle regole che lo disciplinano (sia esso controllo di legittimità o di merito, preventivo o successivo), sia connaturato all'organizzazione di un'attività imprenditoriale²⁰. La funzione di controllo, cioè, non sarebbe tipica del collegio sindacale ma sarebbe, nel sistema tradizionale, a questo affidata proprio come, nel sistema dualistico, è affidata al Consiglio di Sorveglianza.

Benché sia le disposizioni attuative²¹, sia il T.U.B.²² che il T.U.F.²³ prevedano esplicitamente una equiparazione tra collegio sindacale e

²⁰ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA e G. PRESTI in *AGE*, vol. II, 2007, p. 245.

²¹ Art. 223-septies disp. att. c.c. "Se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del Consiglio di gestione e del Consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del Consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista.

Ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al Consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con le specificità di tali organi"

Consiglio di Sorveglianza, sembra ormai un dato acquisito in dottrina la non coincidenza/sovrapponibilità tra consiglio di amministrazione e consiglio di gestione e tra collegio sindacale e Consiglio di Sorveglianza²⁴.

Il modello dualistico presenta infatti peculiarità tali da rendere non utilizzabile la tradizionale distinzione, tra amministrazione/gestione, da un lato e controllo dall'altro. Perciò tale equivalenza sarebbe estremamente forzata, in quanto viziata sul piano teorico e scientifico, pericolosa e deviante sul piano operativo²⁵.

²² Art. 1 commi 3-*bis* e 3-*ter*, secondo cui: “Se non diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al Consiglio di amministrazione, all’organo amministrativo e agli amministratori si applicano anche al Consiglio di gestione ed ai suoi componenti” e “Se non diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al collegio sindacale, ai sindaci ed all’organo che svolge la funzione di controllo si applicano anche al Consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo sulla gestione e ai loro componenti”.

²³ Art. 1, c. 6-*ter* e 6-*quater*, secondo cui: “Se non diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al Consiglio di amministrazione, all’organo amministrativo ed agli amministratori si applicano anche al Consiglio di gestione e ai suoi componenti” e “Se non diversamente disposto, le norme del presente decreto legislativo che fanno riferimento al collegio sindacale, ai sindaci e all’organo che svolge la funzione di controllo si applicano anche al Consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione e ai loro componenti”.

²⁴ Vi è però chi in dottrina sostiene ancora che, almeno sotto il profilo dei controlli, non vi sono differenze tra Consiglio di sorveglianza e collegio sindacale. M. PORZIO, *Controlli interni e controlli esterni nell’esercizio dell’impresa bancaria a sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 172.

²⁵ Cfr. P. FERRO-LUZZI, *L’esercizio d’impresa*, cit. p. 246; dello stesso autore si veda anche, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell’esercizio dell’impresa bancaria nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 156.

Come visto, il Consiglio di Sorveglianza italiano ha delle caratteristiche analoghe all'omologo tedesco. Infatti entrambi nominano, revocano e sorvegliano i componenti del consiglio di gestione, approvano il bilancio e possono promuovere l'esercizio dell'azione di responsabilità. Inoltre in entrambi i sistemi di *governance* al consiglio di gestione è riservata la gestione della società. Vi sono però due importanti e fondamentali differenze che vanno sin da subito chiarite in quanto sono le caratteristiche principali del modello tedesco.

In primo luogo, vi è l'istituto della *Mitbestimmung*, del quale si è già precedentemente accennato. In secondo luogo, all'*Aufsichtsrat* è riservata l'approvazione di determinate categorie di atti del *Vorstand* (stante l'obbligo di predeterminare il c.d. *Katalog*), svolgendo in tal modo una funzione di indirizzo strategico e di alta amministrazione. È bene ricordarlo, si tratta di una competenza soltanto eventuale nel nostro ordinamento, che nemmeno era prevista dal legislatore del 2003.

Dal confronto con il modello tedesco, si nota che il modello italiano si discosta non solo per i poteri attribuiti al Consiglio di Sorveglianza ma anche riguardo alla composizione pluralistica dell'organo che, sotto questo profilo, somiglia molto più al collegio che al modello tedesco o alla Società Europea.

2. L'autonomia statutaria

Come già precedentemente accennato, benché siano diverse le fonti a cui fare riferimento per delineare i contorni del Consiglio di Sorveglianza, ruolo chiave è assunto dagli statuti in quanto peculiarità del sistema dualistico è l'ampia autonomia ad essi concessa. Infatti non si dimentichi che lo statuto può restringere alcuni poteri del Consiglio di Sorveglianza: può, ad esempio, attribuire all'assemblea le deliberazioni sul compenso dei consiglieri di gestione e può prevedere che la competenza sia attribuita all'assemblea per l'approvazione del bilancio di esercizio solo però, nel caso in cui non venga approvato il bilancio, o qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del Consiglio di gestione o del Consiglio di Sorveglianza (art. 2409 *terdecies*, c.2, c.c.).

Riguardo all'elasticità concessa agli statuti nell'identificare il ruolo che può giocare il consiglio di gestione ed il Consiglio di Sorveglianza all'interno della società, può essere ricordata una classificazione proposta in dottrina, di dubbia utilità pratica²⁶. Si sostiene che un possibile criterio ordinante i modelli dualistici ipotizzabili, si basa sui diversi gradi di combinazione realizzabili tra le regole legali appositamente dettate per il sistema. Basandosi anche sulla prassi statutaria, la catalogazione, partendo dai "modelli base", identifica ulteriori adattamenti statuari cogliendone le

²⁶ Si veda quale ideatore della seguente distinzione: V. CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, diretto da F. MARTORANO, G.B. PORTALE, N. SALANITRO, Vol. XLVII, Heidelberg/Milano, 2009, p. 83 ss; inoltre si veda anche chi la condivide, come ad esempio F. GHEZZI, *Consiglieri di sorveglianza "esecutivi" e componenti del Consiglio di gestione "non esecutivi": eterogenesi dei fini?* in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di M. CERA e G. PRESTI in *AGE*, vol. II, 2007, pp. 322- 323.

peculiarità nella distribuzione o redistribuzione delle funzioni, delle competenze e dei poteri tra gli organi. Ne deriva così, la seguente divisione:

a) Un primo “modello base”, privo di una distribuzione statutaria di competenze, funzioni e/o poteri tra gli organi, privo cioè di una innovazione rispetto al modello offerto dal legislatore (cc. dd. *modelli “ad adattamento statutario nullo”*)

b) Un secondo “modello base”, con una distribuzione per via statutaria di competenze e funzioni molto ridotta, che si discosta in maniera irrilevante dal modello concepito dal legislatore (cc. dd. *modelli “a ridotto adattamento statutario”*)

c) Modelli che si servono solo di alcune opzioni statutarie tralasciandone altre, al fine di valorizzare le competenze dell’assemblea (cc. dd. *modelli “ad equilibrio organico od organizzativo misto”*);

d) Modelli che sfruttano tutti (o quasi) gli spazi riservati all’autonomia statutaria, al fine di rafforzare le competenze, le funzioni e i poteri del Consiglio di gestione (cc. dd. *modelli “a Consiglio di gestione”*);

e) Modelli che operano alcune scelte statutarie e non altre, al fine di rafforzare le competenze, le funzioni e i poteri del Consiglio di Sorveglianza (cc. dd. *modelli “a Consiglio di Sorveglianza”*).

I modelli di cui alla lettere d) ed e) possono, ovviamente, essere praticati secondo diverse varianti applicative dipendenti dall’articolazione statutaria prescelta e da come concretamente vengono suddivisi alcuni poteri codicisticamente propri dell’assemblea.

Si fa riferimento, ad esempio, alla non attribuzione all'assemblea dei soci dell'approvazione residuale o secondaria, del bilancio (art. 2409 *terdecies*, c. 4, c.c.); oppure all'attribuzione della competenza, esclusiva (al consiglio di gestione o al Consiglio di Sorveglianza) o concorrente, a deliberare sulle materie di cui all'art. 2365, c.2, c.c.; oppure ancora, all'attribuzione all'organo di vigilanza di competenze di amministrazione della società, ulteriori a quelle già vantate per legge.

La scelta di ogni modello, e l'adozione di alcune piuttosto che di altre combinazioni statutarie, dipende dal, ed è funzionale al, diverso modello organizzativo di esercizio dell'impresa che si intende realizzare e soprattutto dipende da come si vuole sviluppare la titolarità e la responsabilità della gestione, nonché la direzione e la vigilanza sull'impresa. In questo modo si può esaltare la peculiarità del sistema dualistico che, attraverso i suoi due organi, dimostra di essere idoneo ad offrire diverse modalità di organizzazione dell'esercizio dell'impresa, dando la possibilità di dividere il potere decisionale di direzione di impresa tra più "centri di azione"²⁷.

Dunque, in virtù di tutto ciò, volendo prescindere dalla catalogazione succitata, è possibile tirare una linea di distinzione tra un Consiglio di Sorveglianza "forte" e un Consiglio di Sorveglianza "debole", al fine di dimostrare se, in fondo, vi è così tanta differenza.

Il Consiglio di Sorveglianza, come dimostrato precedentemente, accorpa in sé sia una funzione di controllo di adeguatezza e di legalità sull'amministrazione propria del collegio sindacale, sia una funzione che analizza il merito di alcuni atti particolarmente importanti per la gestione

²⁷ L'espressione è tratta da P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa*, cit., p. 241.

della società²⁸. È questo il caso di un Consiglio di Sorveglianza “forte”, dotato cioè della funzione di “alta amministrazione”, che aumenta al massimo la distanza tra quest’organo e il collegio sindacale, orientando lo schema societario verso una doppia competenza decisionale.

Al contrario vi è anche la possibilità che i soci vogliano, nello statuto, ridurre al minimo i poteri del Consiglio di Sorveglianza. La sottrazione più ampia concessa allo statuto, come già precedentemente accennato, è quella di non riconoscere al Consiglio di Sorveglianza né la competenza in tema di approvazione del bilancio, in alcuni casi consentita dalla legge, né la competenza sulla determinazione del compenso dei consiglieri di gestione ed, ovviamente, nemmeno di dare al Consiglio di Sorveglianza alcun potere sulle operazioni strategiche. Nel caso in cui si realizzassero tali restringimenti, la differenza con il collegio sindacale sarebbe, a prima vista, minima non restando al Consiglio alcuna facoltà/competenza oltre quelle che il collegio tradizionalmente ha.

Ad una più attenta riflessione, anche in seguito al succitato restringimento, resterebbe in capo al Consiglio di Sorveglianza il potere di nomina/revoca dei gestori, attraverso il quale i sorveglianti potrebbero comunque, indirettamente, gestire la società. È quindi logico parlare di Consiglio di Sorveglianza come duplicazione del collegio sindacale?

Dando uno sguardo alle banche che hanno adottato il modello dualistico, si nota subito come queste si caratterizzano per la

²⁸ Si badi che, ad oggi, anche il collegio sindacale non svolge più soltanto una funzione di controllo di legittimità formale in senso stretto, ma anche di legittimità sostanziale sul merito dell’amministrazione; si veda, ad esempio, l’art. 2403 c.c. che impone al collegio sindacale di vigilare sull’adeguatezza dell’organizzazione amministrativa e contabile adottata dalla società.

predisposizione di un Consiglio di Sorveglianza c.d. “forte”, avendo tutte optato per la facoltà introdotta con il d.lgs. 37/04.

Numerosi dubbi sono emersi in dottrina riguardo alla possibilità, in mancanza di una previsione di legge, per il Consiglio di Sorveglianza di modificare quanto proposto dal consiglio di gestione ovvero, una volta negata l’approvazione, di motivare il diniego e rinviare il documento al consiglio di gestione. Diverse sono state le soluzioni, anche se quella che riscuote maggiore successo è quella che, facendo propria la distinzione tra attività di “indirizzo”, attribuita al Consiglio di Sorveglianza, e l’attività di “gestione”, attribuita al consiglio di gestione, ritiene più coerente il rinvio dei documenti da parte del Consiglio di Sorveglianza al consiglio di gestione affinché provveda al loro adeguamento o ad una loro nuova formulazione, alla luce anche delle motivazioni espresse dal Consiglio di Sorveglianza che hanno portato al suo rifiuto²⁹.

Riguardo l’organizzazione interna del Consiglio di Sorveglianza e la sua competenza, ampio spazio è concesso agli statuti in quanto né il codice civile, né il T.U.F., né il T.U.B. prevedono norme a riguardo, se non in maniera parziale e scarna. Le disposizioni del codice civile, si limitano infatti a indicare, a mero titolo esemplificativo, caratteristiche qualitative e quantitative necessarie nella composizione del Consiglio di Sorveglianza (art. 2409-*duodecies*, cc. 1, 4, 6, 10, 11, c.c.), limiti ai poteri del presidente (art. 2409-*duodecies*, c. 9, c.c.), obblighi e facoltà dei componenti del Consiglio di Sorveglianza nel partecipare alle riunioni del

²⁹ Su questa soluzione: C. FAISSOLA, *Problemi di attuazione delle normative sulla governance delle banche*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pp. 139-140.

consiglio di gestione (art. 2409-terdecies, c. 4, c.c.). Tale lacuna, volutamente e consapevolmente lasciata dal legislatore apre spazi di supplenza (in alcuni casi, davvero necessaria) degli statuti e del Consiglio di Sorveglianza³⁰, a seconda che siano atti di pertinenza esclusiva dello statuto o del regolamento interno dell'organo (i c.d. atti decisionali autonomi del Consiglio di Sorveglianza). Va infatti, indubbiamente riconosciuto, anche in virtù del silenzio normativo, al Consiglio di Sorveglianza il “diritto-potere-dovere” di organizzare la sua attività.

Bisogna chiarire, cosa si indica per “organizzazione interna”. In linea di massima si può alludere all'insieme di regole sull'organizzazione e sull'articolazione strutturale, nonché quelle riguardanti il funzionamento dell'organo. Più precisamente si può intendere l'organizzazione della struttura del Consiglio di Sorveglianza, del concreto esercizio delle sue funzioni tanto più del concreto esercizio dei compiti e dei poteri assegnati ai singoli componenti o ai comitati in cui si può articolare la struttura.

Da segnalare è l'invito introdotto dalle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia a realizzare una chiara ed equilibrata distinzione e ripartizione di ruoli, compiti e poteri nell'ambito degli organi, al fine di assicurare un bilanciamento intraorganico degli stessi³¹. Infatti, nelle

³⁰ Cfr. V. CARIELLO, *L'organizzazione interna del Consiglio di sorveglianza*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 65; P. FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa*, cit., p. 247.

³¹ Per le banche gli assetti organizzativi e di governo societario assumono particolare rilievo in virtù delle peculiarità proprie dell'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche, devono essere finalizzati non solo agli interessi dell'impresa, ma devono anche assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo fondamentale ed

disposizioni si trovano, ad esempio, richieste di regolamentare la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione di almeno un componente del comitato per il controllo interno in alternativa a quanto previsto dal codice civile (2409-*terdercies*, c. 4 c.c.).

Accertata quindi, la lacuna di norme legali dedicate all'organizzazione del Consiglio di Sorveglianza sorge la necessità di colmarla attraverso regole con fonti di produzione plurime, attraverso, cioè, lo statuto, i regolamenti e le singole deliberazioni adottate dal Consiglio di Sorveglianza. A tal riguardo occorre una precisazione: bisogna distinguere tra autorganizzazione del Consiglio di Sorveglianza (a cui provvede direttamente l'organo con norme di propria produzione) ed eterorganizzazione del Consiglio di Sorveglianza (realizzata con regole previste dallo statuto).

Va aggiunto, però, che, a ben vedere, gli aspetti dell'organizzazione interna esplicitamente lasciati aperti a disposizioni statutarie sono davvero pochi: oltre alle regole di composizione qualitative e quantitative del Consiglio di Sorveglianza c'è spazio discrezionale solo per i poteri del suo presidente.

essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza. Si veda: BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, 2008. Con le disposizioni la Banca d'Italia ha dato attuazione al decreto del Ministero dell'Economia, del 5 agosto 2004 (pubblicato in G.U. n. 200 del 26 agosto 2004), che ha emanato, in qualità di Presidente del CICR e su proposta della Banca d'Italia, ai sensi del T.U.B. i criteri generali e linee di indirizzo in materia di organizzazione e governo societario delle banche e degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 TUB e degli IMEL. Di conseguenza le disposizioni si rivolgono alle banche e alle società capogruppo, indicando le caratteristiche essenziali che il governo societario deve presentare a fini di sana e prudente gestione.

Discorso leggermente diverso va fatto per le banche a sistema dualistico, che tramite la normativa di vigilanza hanno degli spazi leggermente maggiori. Ad esempio, per via statutaria, possono essere disciplinati la/le partecipazione/i del/dei consigliere/i di Sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione, oppure l'attribuzione di funzioni istruttorie propositive e consultive al comitato per il controllo interno nel caso in cui il Consiglio di Sorveglianza sia di ampia composizione.

Né il codice civile, né il T.U.F. prevedono la possibilità di fonti aggiuntive allo statuto, che disciplinano l'organizzazione interna del Consiglio di Sorveglianza; viceversa esse sono menzionate dalle Disposizioni di Vigilanza. In prima approssimazione, si può affermare che la fonte regolamentare ivi prevista, risulta affiancata a quella statutaria in una posizione alquanto defilata rispetto a questa. Si ha infatti l'impressione che non vi sia stata una adeguata ponderazione tra le materie di concorrenza dello statuto e dell'autonomia dispositiva del Consiglio di Sorveglianza, riguardo alla struttura e al funzionamento interno dell'organo.

Alla luce di tutto ciò, bisogna quindi sviluppare delle considerazioni sull'adozione (completamente assente sia nel codice civile che nel T.U.F.) da parte del Consiglio di Sorveglianza di un Regolamento Generale della propria organizzazione.

In assenza di disposizioni codicistiche, non si può negare la competenza, nonché il potere o dovere, del Consiglio di Sorveglianza a dotarsi, a prescindere da una previsione statutaria a riguardo, di un apposito regolamento generale della propria organizzazione e a modificarlo e disattenderlo anche con sue deliberazioni.

Lo statuto, infatti, può prevedere l'adozione del regolamento da parte del Consiglio di Sorveglianza, ma non può certamente invadere la c.d. autorganizzazione. A prescindere quindi dalla previsione statutaria, non si può di certo dubitare del potere, completamente autonomo, del Consiglio di Sorveglianza di società non bancarie di dotarsi di un regolamento della propria organizzazione interna; lo statuto, può al massimo imporre l'adozione, lasciando però libero l'organo di Sorveglianza di regolare tutti gli aspetti organizzativi. Riguardo il contenuto si ritiene, invece, che l'autonomia organizzativa del Consiglio di Sorveglianza può essere limitata in relazione alle regole formali e procedurali dell'organo. Lo statuto, infatti, può riservarsi il potere di formulare queste regole, imponendone anche l'adozione al regolamento generale, lasciando il Consiglio di Sorveglianza libero di adottare norme pertinenti alla vera e propria organizzazione strutturale del concreto esercizio delle funzioni; in altri termini, lo statuto non dovrebbe imporre vincoli dispositivi all'organo (c.d. *Organisationsfreiheit*). È in virtù di questa autonomia che spetta al Consiglio di Sorveglianza decidere la costituzione dei comitati, la loro composizione, i loro compiti, le attribuzioni e i poteri, la nomina dei presidenti e i relativi poteri di cui dotarli. Lo statuto non può né imporre né vietare la costituzione dei comitati. Nell'esercizio di questa autonomia, il Consiglio di Sorveglianza può optare di fissare nel dettaglio la concreta organizzazione dei comitati oppure può prescrivere solo regole generali rimettendo quelle di dettaglio ai regolamenti dei singoli comitati; tali regolamenti, potranno comunque, sempre essere soggetti a modifiche dal Consiglio di Sorveglianza tramite integrazioni o con apposite deliberazioni.

Stante la previsione dell'articolo 2409-*terdecies*, comma 1, lett. f-*bis*), c.c., l'approvazione del regolamento interno, e quindi dei flussi informativi, potrebbe anche non ricadere tra le competenze del Consiglio di Sorveglianza, benché la Banca d'Italia lo abbia inquadrato tra gli atti di alta gestione.; non va, infatti, dimenticato che, ad oggi, la totalità delle banche che ha adottato il modello dualistico, ha previsto l'attribuzione dei compiti di supervisione strategica al Consiglio di Sorveglianza. Per questo motivo, la prassi considera l'attribuzione di tale competenza al Consiglio di Sorveglianza come un "connotato inevitabile" in caso di adozione del sistema dualistico³². In concreto, l'attribuzione statutaria delle funzione di supervisione strategica al Consiglio di Sorveglianza determina il coinvolgimento dello stesso anche nell'elaborazione dei flussi informativi. Infatti il Consiglio di Sorveglianza non deve solo eseguire i controlli *ex post* a lui spettanti come organo di vigilanza, ma deve anche preventivamente approvare la struttura del sistema informativo.

La titolarità da parte del Consiglio di Sorveglianza della sola funzione di controllo, ovvero anche di quella di alta amministrazione, influisce non solo sull'organizzazione strutturale dell'organo ma anche sull'attribuzione di poteri al presidente e sull'articolazione dei comitati. Non bisogna, infatti, dimenticare, anche alla luce di quanto già scritto, che l'organizzazione interna degli organi di gestione e di controllo deve essere adeguata alla funzionalità degli organi, al fine di salvaguardare l'efficace esercizio delle funzioni. La complicazione delle funzioni importa la

³² Cfr. G. SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e Consiglio di sorveglianza*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 38.

complicazione della struttura organizzativa interna, dove il concetto di complicazione va letto in un'ottica positiva³³.

Fondamentale è non dimenticare che, in caso di attribuzione della funzione di alta amministrazione o supervisione strategica, il *plenum* resta titolare della funzione generale di vigilanza, e che la funzione aggiunta ha un ruolo subordinato e strumentale alla funzione di controllo, originaria del Consiglio di Sorveglianza³⁴. Inoltre, a prescindere dall'applicazione della lettera *f-bis*) dell'art. 2409*terdecies* c.c., procedere a un'organizzazione strutturale interna per il concreto esercizio delle funzioni, non significa distribuire la titolarità delle funzioni che restano di esclusiva competenza del Consiglio di Sorveglianza nella sua interezza, ma significa assegnare poteri individuali di coordinamento e di raccordo intraorganico e di suddividere l'esercizio dei poteri istruttori. A tal proposito è bene specificare che non è pensabile una ripartizione tra *plenum* e comitato per il controllo interno della titolarità della funzione di alta amministrazione o supervisione strategica e di quella di controllo³⁵.

³³ Cfr. V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., pp. 166 ss.; dello stesso autore cfr. *L'organizzazione interna*, cit., pp. 90 ss. L'autore ritiene infatti che l'attribuzione al Consiglio di sorveglianza della funzione di alta amministrazione o supervisione strategica "orienti" l'interpretazione di alcune disposizioni e principi che formano "l'intelaiatura" del sistema dualistico.

³⁴ In questa ottica si pongono diversi autori, si vedano, *ex multis*: L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del Consiglio di sorveglianza e del Consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. II, Torino, 2006, pp. 717 ss.; V. CARIELLO, *L'organizzazione interna*, cit., pp. 77 ss.; dello stesso autore si veda anche *Il sistema dualistico*, cit., pp. 93 ss.

³⁵ Si veda oltre, Cap. II, par. 3 "il comitato interno".

Quando al Consiglio di Sorveglianza vengono assegnate funzioni di alta amministrazione o supervisione strategica si corre il rischio di erosione delle competenze di natura gestoria proprie dell'organo, compromettendo il principio della c.d. "separatezza interorganica delle funzioni"³⁶, in base al quale, bisogna quindi fare il possibile per prevenire inquinamenti delle funzioni di controllo e di alta amministrazione o supervisione strategica.

Inoltre non è da sottovalutare in quanto in grado di influenzare l'esercizio (indipendente) delle funzioni di consiglio di gestione, il dubbio su chi sia competente ad eleggere il presidente del consiglio di gestione. Nell'ambiguità della legge (art. 2409*undecies*, c.c.)³⁷ si è posto il problema se sia opportuno attribuire al consiglio di gestione la competenza ad eleggere il proprio presidente, oppure se sia più opportuno attribuirlo al Consiglio di Sorveglianza. La soluzione più garantistica è che la competenza spetti al consiglio di gestione, lasciando però, la facoltà ai soci di riservare, per statuto (non potendo eleggere direttamente i consiglieri di gestione), tale competenza al Consiglio di Sorveglianza. Questa possibilità risulta preferita dagli statuti delle società bancarie³⁸. Del resto tale soluzione non deve destare perplessità, in quanto l'attribuzione di tale potere al Consiglio di Sorveglianza può essere vista come un

³⁶ Così come definito da V. CARIELLO, *L'organizzazione interna*, cit., p. 94.

³⁷ L' art. 2409 *undecies*, c.c. rinvia all'art. 2380 *bis*, c. 5, c.c. che attribuisce la nomina del presidente del Consiglio di amministrazione al Consiglio stesso, se non è nominato dall'assemblea.

³⁸ Si vedano gli statuti di: Intesa Sanpaolo (artt. 7.3.1, e 23.8), Banco Popolare (artt. 20.1 e 39.5), UBI Banca (artt. 22.a, e 45). Previsione leggermente diversa era prevista dallo statuto di Mediobanca (art. 14.a).

“corollario naturale”³⁹ al suo potere di nominare i membri del Consiglio di gestione.

3. (*Segue*): I poteri del Presidente del Consiglio di Sorveglianza

Uno dei settori in cui si nota maggiormente la differente modulazione (dipendente dall'unicità o duplicità delle funzioni) delle regole di organizzazione strutturale interna al Consiglio di Sorveglianza è quella che riguarda i poteri del presidente del Consiglio di Sorveglianza.

Tale disciplina è oggetto del codice civile che ne chiede una tipizzazione statutaria; i poteri riconoscibili al presidente, possono infatti, tanto essere concepiti in una direzione intraorganica quanto in una prospettiva interorganica. Nella prima prospettiva, potrebbero essere attribuiti, al presidente, poteri di proposta al *plenum* in ordine all'esercizio della funzione di controllo e di alta amministrazione o supervisione strategica, oppure gli potrebbe essere assegnata la presidenza di comitati eventualmente ricavati all'interno del Consiglio di Sorveglianza.

Nella prospettiva interorganica, potrebbero essere riconosciuti al presidente, la presidenza dell'assemblea dei soci, il mantenimento dei rapporti con il Consiglio di gestione e/o con il suo presidente, nonché, nel caso di applicazione della lett. f-bis) dell'art. 2409^{terdecies} c.c., il ricevimento delle proposte provenienti dal consiglio di gestione riguardo le materie da sottoporre all'approvazione o all'autorizzazione del

³⁹ Cfr. M. WEIGMANN, *op. cit.*, vol. II, 2007, p. 260.

Consiglio di Sorveglianza, inoltre dovrebbe anche curare i rapporti con le Autorità di Vigilanza⁴⁰. Nella prassi, soprattutto nelle banche dualistiche quotate, si è notata una certa propensione a elaborare cataloghi di competenze del presidente fitte e varie, sia qualitativamente che quantitativamente.

Resta certa la preclusione per gli statuti di delegare al solo presidente del Consiglio di Sorveglianza l'esercizio dell'intera funzione di controllo e/o di alta amministrazione o supervisione strategica, come anche non è possibile la delega statutaria di singoli poteri decisorii afferenti a una o entrambe le funzioni. Di conseguenza, per quanto riguarda l'organizzazione strutturale interna, per via statutaria non è nemmeno delegabile al presidente la costituzione dei comitati nell'ambito del Consiglio di Sorveglianza.

Dubbi e perplessità sorgerebbero nel caso in cui si consentirebbe al presidente del Consiglio di Sorveglianza di assumere anche la carica di presidente del comitato per il controllo interno, nonché di presentare al Consiglio di Sorveglianza proposte su materie che rientrano nell'esercizio dei compiti e dei poteri propri del comitato; si rischierebbe in tal modo, lo svuotamento di funzionalità del comitato stesso.

Sorgerebbero uguali perplessità nel caso in cui vi fosse un atteggiamento di chiusura dello statuto verso regole organizzative che eguagliassero la nomina di presidente del Consiglio di Sorveglianza come "semplice" componente, non provvisto quindi di alcuna delega istruttoria

⁴⁰ Questa previsione è stata inserita in tutti gli statuti delle banche che hanno adottato il dualistico. Si vedano: artt. 10.1 e 26.1 Statuto Intesa Sanpaolo; art. 15 Statuto Mediobanca; art.42 Statuto Banco Popolare; art. 47 Statuto UBI.

o di poteri propositivi e che affidassero al presidente un mero potere di raccordo tra il *plenum* e i comitati.

A riguardo le Disposizioni di Vigilanza, rivolgendosi alle banche che hanno adottato il sistema dualistico, si muovono in una duplice direzione: da una parte sono previsti, una serie di poteri, attribuiti o attribuibili, al presidente del Consiglio di Sorveglianza, soprattutto nel caso in cui l'organo sia titolare della funzione di alta amministrazione; dall'altra, vi è una valorizzazione del ruolo dei comitati e soprattutto del comitato per il controllo interno. La finalità è quella di evitare, e contrastare, derive monocratiche di accentramento di poteri in testa al presidente del Consiglio di Sorveglianza e con esse un'alterazione del suo ruolo⁴¹.

Già ad una prima lettura delle disposizioni si nota come il divieto di far parte del comitato per il controllo interno sia stato formulato in modo generalizzato, senza tenere conto che la tutela dell'indipendenza del presidente si può ottenere anche eliminando la possibilità che quest'ultimo assuma la presidenza dell'organo o che abbia poteri propositivi. Infatti, considerando anche l'ordinamento tedesco, non si può dedurre *tout court* che l'assommarsi di poteri in capo al presidente del Consiglio di Sorveglianza sia espressione di degenerazione e deriva della figura stessa⁴². Bensì l'insieme dei poteri è una logica conseguenza della carica

⁴¹ Questa scelta di chiusura viene fortemente contestata, in quanto per realizzare efficacemente gli obiettivi della normativa di vigilanza, da una parte si è imposta la revisione fortemente restrittiva di norme e principi applicabili alle società dualistiche non bancarie, dall'altra si sono ristretti gli spazi nei quali l'autonomia organizzativa del Consiglio di sorveglianza potrebbe legittimamente dispiegarsi. Cfr. V. CARIELLO, *L'organizzazione interna*, cit., pp. 103 ss.

⁴² C. MARCHETTI sostiene che "*l'eccessivo cumulo di ruoli, insieme al fatto che il Consiglio di gestione dipende dal Consiglio di sorveglianza per la sua riconferma, faccia*" del presidente

presidenziale che ha una posizione di raccordo nell'attuazione delle prerogative funzionali proprie del Consiglio di Sorveglianza, "debole" o "forte" che sia.

Ecco quindi che si evince una forte prevenzione dell'autorità di vigilanza nei confronti dei presidenti "forti".

In dottrina sorge anche il dubbio se a una fonte regolamentare sia effettivamente concesso di restringere o addirittura ridurre la portata applicativa riconosciuta dall'art. 2409-*terdecies* c. 4, c.c. e dall'art. 149 c.4 *bis* T.U.F.⁴³. Tuttavia, va aggiunto che non sembra giustificata né giustificabile l'assenza a livello legislativo, o l'esplicito richiamo, di uno specifico dovere di tutti i membri del Consiglio di Sorveglianza, assistito dalla sanzione della decadenza, così come previsto dall'art. 2405 cod. civ. nonché dall'art. 149, c. 2, T.U.F. Nell'art. 2409-*quaterdecies*, norma che rinvia esplicitamente alla disciplina del collegio sindacale per quanto non previsto nel Titolo V, capo V, sezione VI bis, §5 "*del sistema dualistico*", non vi è alcun richiamo all'art. 2405 c.c. nel quale è previsto che "*i sindaci devono assistere alle adunanze del Consiglio di amministrazione...*" e nel caso in cui non assistano decadono dalla carica. Questo mancato rinvio è un ulteriore spunto di riflessione sulle distanze effettive tra la configurazione del collegio sindacale e del Consiglio di Sorveglianza. Sembra alquanto dubbio che l'adozione di tale clausola per

del Consiglio di sorveglianza "*nei fatti una sorta di gestore aggiunto, se non occulto*". In *Composizione e nomina*, cit., p. 338.

⁴³ Si vedano, *ex multis*: M. CERA e G. PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d'Italia "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche."* *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni.* in AGE, 2007, p. 607; P. FERRO-LUZZI, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza*, cit., pp. 145-146.

via statutaria sia utile dal punto di vista dell'efficienza dei meccanismi di *corporate governance*, considerata anche la dimensione pletorica che molti Consigli di Sorveglianza hanno assunto, rendendo quindi altamente difficile, e alquanto inopportuna, la partecipazione in massa alle riunioni del consiglio di gestione, concepito dal legislatore come organo snello e rapido nell'assumere decisioni.

Inoltre la presenza incondizionata di tutti i componenti del Consiglio di Sorveglianza potrebbe facilmente coinvolgere l'organo di controllo nella gestione della società, realizzando, in tal modo, il rischio di una non chiara distinzione di ruoli e responsabilità. Non va dimenticato (sul punto si tornerà anche in seguito) che una partecipazione in massa stridrebbe anche con il principio di esclusività della gestione dell'organo amministrativo (art. 2409 *novies* c.c.)⁴⁴.

Da un confronto con l'ordinamento tedesco, e partendo dal presupposto che il presidente del Consiglio di Sorveglianza è pur sempre un membro dello stesso, si nota che il modello di amministrazione delle società per azioni (i.e. sistema dualistico), non contiene alcuna disposizione sulla presenza dei componenti dell'*Aufsichtsrat* (i.e. Consiglio di Sorveglianza) alle riunioni del *Vorstand* (i.e. Consiglio di gestione). La partecipazione in oggetto, contraria alla fondamentale distinzione di funzioni tra *Aufsichtsrat* e *Vorstand*, potrebbe ledere l'indipendenza dell'organo amministrativo. Quindi il potere-dovere, in capo all'organo di vigilanza, di essere presente alle riunioni del *Vorstand* va escluso; non essendo previsto né da una esplicita disposizione

⁴⁴ art. 2409 *novies*, c.c. “la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione...”

normativa, né tantomeno, lo si può far derivare dal diritto per l'organo di controllo di avere una chiara e completa informazione sull'attività di gestione. Secondo la dottrina tedesca⁴⁵ una clausola statutaria che si diriga in tale direzione va considerata illegittima. L'esperienza tedesca mostra come non sia vista di buon occhio una presenza generalizzata e costante dell'organo di controllo alle adunanze del Consiglio di gestione.

Da una ulteriore comparazione con la Germania in merito alla partecipazione del presidente del Consiglio di Sorveglianza, con o senza funzione di alta amministrazione, alle riunioni dei consigli di gestione di banche e non, si nota che rigide chiusure sembrano né opportune né premianti⁴⁶. Ad esempio, il divieto assoluto per il presidente del Consiglio di Sorveglianza, titolare di funzione di supervisione strategica, di partecipare alle riunioni del Consiglio di gestione con all'ordine del giorno argomenti pertinenti alla c.d. alta amministrazione, va a ledere la competenza principale del presidente del Consiglio di Sorveglianza, che svolge principalmente un ruolo di coordinamento e raccordo con il Consiglio di gestione⁴⁷.

⁴⁵ Si veda (in lingua tedesca) il pensiero autorevole di J. SEMLER, §111 *Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2011, pp. 973 ss; H. HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 7. Auflage, Köln, 2012.

⁴⁶ Vi potrebbero essere, in realtà, delle leggere differenze tra Consiglio di sorveglianza con o senza funzione di alta amministrazione che riguarderebbe l'autonomia e l'indipendenza dei gestori. Di base però si può affermare che, la necessità di indipendenza da condizionamenti e pressioni indebite della funzione gestoria, unica e unitaria rispetto alle funzioni di controllo e di alta amministrazione.

⁴⁷ Qualcuno, in dottrina ha proposto una “*scala crescente d'intensità*” fra assistere e partecipare. Chi partecipa può intervenire, mentre chi assiste non può che prendere atto di quanto emerge dalla riunione, per poi, in altra sede, esprimere le proprie valutazioni; in tal

Per queste ragioni si auspica, da più parti, che la questione della partecipazione del presidente del Consiglio di Sorveglianza alle riunioni del Consiglio di gestione vada reimpostata e rivista, tutelando l'indipendente esercizio delle funzioni di consiglio di gestione e di Consiglio di Sorveglianza ma anche rendendola funzionale al mantenimento di un efficace dialogo tra consiglio di gestione e Consiglio di Sorveglianza anche, e soprattutto nelle fasi precedenti alla presentazione dei piani predisposti e delle operazioni strategiche sulle quale il Consiglio di Sorveglianza dovrà deliberare.

modo si sarebbe potuta concedere al presidente del Consiglio di sorveglianza la mera partecipazione alle riunioni del Consiglio di gestione. Cfr. G. SCASELLATI-SFORZOLINI e M. SPADA, *La partecipazione dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni del Consiglio di gestione*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. in AGE, vol. II, 2007, pp. 360-363. non si può però fare derivare l'origine di tale differenza dal combinato disposto degli artt. 2409 terdecies, c. 4, c.c. e art. 149, c. 4 bis. Per questo resta una teoria non condivisa dalla maggior parte della dottrina.

CAPITOLO SECONDO

LA FUNZIONE DI ALTA AMMINISTRAZIONE

1. Le operazioni strategiche

Quale organo di gestione il Consiglio di Sorveglianza delibera, nel caso sia previsto dallo statuto, in ordine alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione. Alcuni dilatando la nozione, di per sé generica, di alta amministrazione arrivano a prevedere che il Consiglio di Sorveglianza possa decidere, in autonomia, il compimento di operazioni strategiche e modificare i piani predisposti dal consiglio di gestione⁴⁸. Altri ritengono che l'alta amministrazione, attribuibile al Consiglio di Sorveglianza, consiste nella necessaria e preventiva condivisione delle linee strategiche che il consiglio di gestione intende perseguire, non potendo i consiglieri di Sorveglianza “spingersi fino a *definire, modificare od imporre* tali linee all'altro organo”⁴⁹.

Il nodo della questione è quindi il significato da attribuirsi alla “delibera” del Consiglio di Sorveglianza, essendo una delle problematiche

⁴⁸ “A mio parere, in conclusione, la norma, con l'espressione *delibera*, consente di attribuire al Consiglio di sorveglianza sia (i) un potere di autorizzazione sia (ii) un potere di approvazione sia (iii) un potere di vera e propria decisione”. P. MONTALENTI, *Il Sistema Dualistico: il Consiglio di Sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA e G. PRESTI, in *AGE*, il Mulino, Bologna, vol. II, 2007, p. 275-276.

⁴⁹ C. MARCHETTI, *Il sistema dualistico: questioni*, cit.

ancora irrisolte dal legislatore; in particolare bisogna capire se abbia natura di approvazione o di mera autorizzazione.

La maggior parte dei giuristi è concorde nel considerare il verbo “delibera” come “approva” e non come “autorizza”, poiché l’autorizzazione lascia libero il soggetto autorizzato (in questo caso il consiglio di gestione) di dar seguito o meno alla proposta, mentre l’approvazione definisce il processo decisionale, con conseguente obbligo per chi di dovere di passare all’esecuzione⁵⁰. Ciò sarebbe ulteriormente confermato anche dalla scelta del verbo utilizzato dal legislatore (art. 2364 c. 1, n. 5 c.c.).

La funzione di alta direzione, sia che la si concepisca come potere deliberativo, sia che la si riconduca alla categoria dell’autorizzazione, quindi suscettibile di disapplicazione, deve sempre qualificarsi come opportunità di cooperare sulle scelte di indirizzo strategico e, quindi, come possibilità di condizionare indirettamente le scelte gestionali rilevanti⁵¹ (i.e. le operazioni strategiche). In altri termini

⁵⁰ Si vedano, tra gli altri, G.B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall’Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana delle società per azioni*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 30. Secondo il quale “*delibera*” deve essere inteso come un’approvazione, intesa nell’accezione specifica di “*atto di un organo sociale che si inserisce in un procedimento decisionale complesso, di regola condizionando l’efficacia di un diverso atto, proveniente da un altro organo*” (si vedano, ad esempio, gli artt. 2376 c. 1, 2386 c. 1, 2456 c.1 c.c.); P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 12; Altro autore che condivide questa opinione è P. MONTALENTI: “*l’approvazione è un genius intermedio: non è una decisione autonoma, perché il potere di impulso è del consiglio di gestione, ma non è una mera autorizzazione, bensì una vera e propria condivisione dell’indirizzo generale dell’impresa*”, *op. cit.*, p. 276.

⁵¹ Cfr. P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 278.

l'approvazione/autorizzazione dei piani strategici rappresenta una forma d'intervento, in qualità di condivisione o di veto, sulle strategie generali dell'impresa da parte del Consiglio di Sorveglianza, benché siano predisposti dal consiglio di gestione e prescindendo dalla qualificazione giuridica che si voglia dare all'atto deliberativo.

L'approvazione/autorizzazione dei piani e delle operazioni strategiche si configura come disamina, valutazione e consenso (o dissenso) sulle politiche gestionali di medio e lungo periodo provocando una dialettica tra i due organi. L'approvazione non si limita ad un'accettazione passiva ma comporta un intervento attivo di entrambi gli organi. L'eventuale dissenso crea un conflitto interorganico che, non potendosi risolvere adendo l'autorità giudiziaria (salva la poco probabile instaurazione di un arbitrato "gestionale" – *ex art. 37 d.lgs. 5/2003*), deve trovare una soluzione endosocietaria che può risolversi tanto in una revisione, rettifica, integrazione dei piani strategici, tanto, nel caso di posizioni distanti tra i due organi, nella revoca del consiglio di gestione.

A questo punto, bisogna accennare al ruolo incerto che si troverebbe a svolgere l'assemblea nel caso di conflitti tra i due organi. Infatti, è alquanto dubbia la possibilità di attribuire, per via statutaria, all'assemblea funzioni "arbitrali" in caso di conflitto tra il consiglio di gestione e il Consiglio di Sorveglianza. In realtà la legge già riconosce la possibilità per lo statuto di prevedere che in caso di mancata approvazione del bilancio la competenza per l'approvazione dello stesso sia riservata all'assemblea (art. 2409-*terdecies* c. 2, c.c.). Il problema sorge perché la norma è stata introdotta nel codice prima dell'ampliamento delle competenze del Consiglio di Sorveglianza all'approvazione dei piani e

delle operazioni strategiche, quando cioè il conflitto poteva manifestarsi solo ed esclusivamente sulla votazione del bilancio. Per questo motivo vi è chi suppone che il legislatore, lasciando immutato il testo originario, abbia voluto prevedere una disciplina diversa in caso di conflitti sull'approvazione dei piani o delle operazioni strategiche. Al contrario vi è chi, come Abbadessa, è favorevole a un'interpretazione estensiva dell'art. 2409-terdecies c. 2, c.c., anche perché la *ratio* dell'ammissibilità di una clausola statutaria, come quella in discorso, è di trovare un meccanismo capace di risolvere situazioni di *impasse* conseguenti al conflitto. A dimostrazione di quest'ultima tesi ci sono le esperienze degli ordinamenti stranieri che ammettono, in caso di rifiuto di approvazione da parte dell'organo di sorveglianza, che l'organo gestorio possa rimettere la decisione proprio all'assemblea (si veda quanto si dirà più avanti per la Germania § 111, *Abs. 4, AktG*).

Ciò che va evitato, poiché può fare la differenza sotto il profilo gestorio, è il diritto di proposta. Se tale diritto fosse attribuito al Consiglio di Sorveglianza, così come previsto per legge, si giungerebbe ad un poco efficace rovesciamento dei ruoli, in quanto l'organo di vigilanza assumerebbe sulle singole operazioni una funzione di iniziativa gestionale, completamente autonoma, che contrasta con la configurazione tipica dell'organo stesso che è, e resta, pur sempre un organo di controllo⁵².

L'attribuzione di funzioni di alta amministrazione al Consiglio di Sorveglianza potrebbe consentire a soggetti portatori di interessi in conflitto (soprattutto se riferibili a imprese potenzialmente concorrenti) di

⁵² Cfr. P. MONTALENTI, *op. cit.*, p. 275.

adottare intenzionalmente decisioni non efficienti per la società soltanto sedendo nell'organo di gestione o anche in quello di controllo.

Quest'ulteriore e potenziale conflitto di interesse si ripercuote anche sulla libertà di concorrenza, motivo per il quale l'Autorità garante della concorrenza e del Mercato ha richiamato l'attenzione sull'autonomia concessa alle parti, che nei fatti potrebbero instaurare pratiche anticoncorrenziali⁵³.

Riguardo alle sole operazioni strategiche va specificato che concependo l'approvazione/autorizzazione come una vera e propria deliberazione, quindi suscettibile di disapplicazione da parte del consiglio di gestione (ammessa solo per illegittimità o contrarietà all'oggetto sociale), si riconosce al Consiglio di Sorveglianza una vera e propria funzione di alta amministrazione sottoposta al potere-dovere di "veto" del consiglio di gestione, espresso tramite la disapplicazione. Al contrario si può anche ritenere che (in via interpretativa o in caso di espressa previsione statutaria) il potere deliberativo del Consiglio di Sorveglianza sia in realtà un potere delegato; in tal caso il rapporto sarebbe rovesciato. Il consiglio di gestione propone e il Consiglio di Sorveglianza o condivide (i.e. autorizza) o vieta negando l'autorizzazione e paralizzando così la decisione. In entrambi i casi - qualora la proposta venga dal Consiglio di Sorveglianza o dal Consiglio di gestione - è innegabile che l'organo di

⁵³ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Audizione del Presidente dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, presso la commissione VI Finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'evoluzione del sistema creditizio italiano*, Roma, 10 Luglio 2007, p. 8.

Sorveglianza intervenga, anche se indirettamente, nella gestione dell'impresa.

Sorge così il dubbio se in caso di sussistenza di interessi dei consiglieri di sorveglianza, in relazione ad una precisa operazione strategica di competenza dell'organo di vigilanza (condivisa con il consiglio di gestione), possa trovare applicazione, per via analogica, la disciplina degli interessi degli amministratori. Benché l'art. 2391 ("interessi degli amministratori") sia espressamente richiamato solo per i consiglieri di gestione, non si vedono problemi che ostano ad una equiparazione con i consiglieri di vigilanza nello svolgimento delle loro funzioni di alta amministrazione⁵⁴. Dato quindi per certo, l'obbligo di divulgazione (il c.d. obbligo di *disclosure*) anche in capo ai consiglieri di sorveglianza, la violazione di tale obbligo potrebbe essere giusta causa di revoca nonché fondamento di un'azione di responsabilità (ove ne sussistessero tutti i presupposti) previa deliberazione del Consiglio di Sorveglianza. Infatti, nonostante l'art. 2409^{terdecies}, lett. d) richiami esclusivamente i membri del consiglio di gestione (nei confronti del quale il Consiglio di Sorveglianza può promuovere l'esercizio dell'azione di responsabilità) si ritiene che tale norma debba ritenersi speciale e non eccezionale, in quanto la *ratio* sottostante sarebbe quella di attribuire all'organo di controllo un potere di rivalsa nei confronti dei gestori (così come previsto dall'art. 2393 c.c.). Ecco perché si considera il Consiglio di Sorveglianza legittimato a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti anche dei propri componenti che abbiano violato i doveri gestori nell'esercizio di funzioni gestorie.

⁵⁴ Condivide questa soluzione, P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 12.

Questa interpretazione, inizialmente accettata solo da parte della dottrina, è stata avallata sia nel codice di autodisciplina del 2006 (art. 10 c.4) sia nel successivo codice di autodisciplina del 2011 (art. 8 c.3), il quale prevede che il sindaco e quindi, a maggior ragione, il consigliere di sorveglianza, qualora abbia un interesse in una determinata operazione dell'emittente, debba informare per tempo e in modo esauriente gli altri sindaci (i.e. consiglieri di sorveglianza) nonché il presidente del consiglio di amministrazione circa la natura, l'origine e la portata del proprio interesse.

Benché la previsione di un Consiglio di Sorveglianza “forte”, dotato cioè del potere di alta amministrazione sia solo eventuale, da dati statistici si evince come la quasi totalità⁵⁵ delle società che hanno optato per il sistema dualistico abbia deciso di dare attuazione, nei propri statuti a quanto previsto dalla lett. *f-bis*) dell'art. 2409-terdecies, c. 1, c.c., anche se le soluzioni adottate sono state articolate in modi differenti.

A questo punto bisogna specificare, cercando di definire, cosa sono le operazioni strategiche. In via di prima approssimazione si può affermare che tale locuzione è interpretata ed intesa come allusiva alle operazioni destinate ad incidere stabilmente sulla struttura organizzativa dell'impresa. Essendo però una delle questioni tutt'oggi irrisolte a livello codicistico nella disciplina del Consiglio di Sorveglianza, anche in dottrina vi sono posizioni distanti⁵⁶. Infatti vi sono due tesi, da un lato chi ritiene che la

⁵⁵ Il riferimento statistico è alle società di capitali quotate in borsa. Da ricordare che alcune società dopo una breve esperienza con il sistema dualistico, sono tornate al sistema tradizionale.

⁵⁶ Si veda, P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 11.

legge, circa le operazioni strategiche, riconoscerebbe al Consiglio di Sorveglianza, un potere deliberativo pieno, non vincolato e indipendente dalla proposta del consiglio di gestione. Tale impostazione si basa su un'interpretazione strettamente letterale della lett. f-bis), che fa riferimento al termine "predisposti" dal consiglio di gestione. Detto termine è grammaticalmente appropriato se riferito ai piani, ma inappropriato se riferito alle operazioni strategiche.

Dall'altro lato vi è chi ritiene tale tesi non condivisibile, in quanto l'espressione usata dal legislatore è il risultato della tecnica per interpolazione con cui la norma è stata formulata⁵⁷. Inoltre l'attribuzione di un potere decisorio così pieno al Consiglio di Sorveglianza è contraria a quelli che sembrano essere i tratti tipizzanti dell'istituto.

È quindi preferibile considerare la prassi, prendendo in esame gli statuti delle società che hanno adottato il sistema dualistico. Denominatore comune tra gli statuti è il carattere quantitativo dell'operazione. Ad esempio sono considerate operazioni strategiche le movimentazioni oltre una certa percentuale delle partecipazioni strategiche, oppure le operazioni che comportano una variazione del gruppo (che siano però singolarmente superiori ad un importo determinato), oppure ancora l'assunzione di impegni superiori a una certa percentuale delle attività o superiori ad un certo importo in valore assoluto⁵⁸. L'individuazione delle operazioni

⁵⁷ Si veda, P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 12-13.

⁵⁸ Si veda, ad esempio: statuto Intesa Sanpaolo art. 25.1 lett. 1). il Consiglio di sorveglianza "su proposta del Consiglio di Gestione, delibera in ordine agli indirizzi generali programmatici e strategici della Società e del gruppo; approva i piani industriali e/o finanziari ed i budget della Società e del gruppo predisposti dal Consiglio di Gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di questo per gli atti compiuti; autorizza le operazioni strategiche. In particolare, inoltre,

strategiche da sottoporre al Consiglio di Sorveglianza può non avvenire sulla base dei criteri quantitativi ma anche in base al giudizio che il consigliere di gestione attribuisce all'operazione. Di conseguenza possono rientrare nella categoria in oggetto gli accordi commerciali, di collaborazione nonché quelli parasociali, purché di rilevanza strategica, oppure gli acquisti e le cessioni di partecipazioni di controllo in società di rilevante valore strategico da parte della società controllante o delle società da essa controllate.

Dagli statuti si evince come ci sia una prassi, alquanto diffusa, di predisporre preventivamente un "elenco" delle operazioni che necessitano di un'approvazione da parte del Consiglio di Sorveglianza, al fine di definire coerentemente, efficacemente e inequivocabilmente i compiti del Consiglio di Sorveglianza. In tal modo si può, però, correre il rischio di concedere il potere di veto al Consiglio di Sorveglianza.

autorizza: (i) le proposte del Consiglio di Gestione da sottoporre all'Assemblea in merito ad operazioni sul capitale, emissioni di obbligazioni convertibili e *cum warrant* in titoli della Società, fusioni e scissioni e altre modifiche statutarie, fermi restando i poteri di proposta dei Soci previsti dalla legge; (ii) acquisti o cessioni da parte della Società e delle società controllate di partecipazioni di controllo in società di rilevante valore strategico o di valore superiore unitariamente al 6% del patrimonio di vigilanza consolidato, nonché l'acquisto o la vendita di aziende, rapporti in blocco, rami d'azienda di rilevante valore strategico; (iii) investimenti o disinvestimenti di rilevanza strategica e/o che comportino impegni per la Società il cui ammontare complessivo sia superiore, per ogni operazione, al 6% del patrimonio di vigilanza consolidato; (iv) stipulazione di accordi commerciali, di collaborazione, parasociali di rilevanza strategica". Lo statuto di UBI Banca prevede (art. 46) che il Consiglio di sorveglianza "su proposta del Consiglio di gestione" deliberi sulle "autorizzazioni" relative ai "piani industriali e finanziari ed ai budget della società, nonché sulle operazioni strategiche" dettagliatamente elencate negli stessi termini usati nello statuto di Intesa Sanpaolo.

Da più parti in dottrina è sorto il dubbio se spetti ai soci la facoltà di inserire nello statuto le operazioni strategiche e quali di esse. Una delle principali obiezioni sollevate ritiene alquanto rischioso lasciare ai soci la libertà di stabilire, a loro piacimento, i casi in cui un atto gestorio, proprio del consiglio di gestione, debba passare anche per il vaglio del Consiglio di Sorveglianza⁵⁹. È infatti da escludere la possibilità di attribuire al Consiglio di Sorveglianza la determinazione del catalogo delle operazioni strategiche riservate alla sua approvazione. Inoltre, ad esempio, i soci potrebbero introdurre nel catalogo anche atti di amministrazione straordinaria e non di natura strategica oppure atti che solitamente sono considerati di ordinaria amministrazione. In tal caso potrebbe essere invocata l'invalidità di tali clausole statutarie? Gli statuti dualistici delle banche hanno fatto ampio ricorso ad una serie di atti che difficilmente possono essere considerati strategici⁶⁰.

Riguardo alla funzione di alta amministrazione (specialmente con riferimento alle operazioni strategiche), la dottrina è divisa tra chi è convinto che debba esserci una valorizzazione della funzione e chi non è di tale avviso⁶¹.

⁵⁹ Cfr. M. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 259.

⁶⁰ Si veda, lo statuto di Intesa Sanpaolo all'art. 25.1 lett. 1, già citato alla nota n. 58. Inoltre si veda P. ABBADESSA, che è contrario alla possibilità di estendere l'approvazione anche ad operazioni non strategiche in quanto si andrebbe ad alterare non solo il Consiglio di sorveglianza ma l'intero sistema dualistico. In *op. cit.*, p. 12.

⁶¹ A favore di una valorizzazione si schiera P. MONTALENTI, “una adeguata previsione statutaria delle competenze strategiche del Consiglio di sorveglianza è una condizione necessaria per un funzionamento ottimale del sistema”, *op. cit.*, p. 274.; contrari a tale valorizzazione V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit. pp. 203 ss.; L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico*, cit., pp. 705 ss.

Per ragioni di completezza, bisogna affrontare le regole particolari che sussistono in presenza di società a sistema dualistico facenti parte di un gruppo societario e che riguardano principalmente operazioni strategiche.

Nel caso di società controllante non quotata il Consiglio di Sorveglianza può ottenere, dal consiglio di gestione, informazioni sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari con riferimento a società dominate e affiliate; inoltre può scambiare informazioni con i corrispondenti organi delle stesse riguardo l'andamento generale dell'attività sociale (art. 2409 *quaterdecies*, c.1, e art. 2403 *bis*, c. 2, c.c.).

Stessa situazione è riscontrabile nel caso di società quotata controllante, anche se in tal caso si applicheranno, in aggiunta, le regole del T.U.F., e più precisamente gli artt. 150 c.1, e 151 bis, c. 1. Conseguentemente le informazioni dovute al Consiglio di Sorveglianza riguardano le operazioni strategiche compiute dalla società diretta e coordinata dal "proprio" consiglio di gestione che la dirige e coordina; inoltre il potere di informazione del Consiglio di Sorveglianza della società controllante può essere attivato anche individualmente dai suoi singoli membri nei confronti del "proprio" consiglio di gestione, ovvero gli stessi membri possono rivolgere le medesime richieste di informazione agli organi di amministrazione e di controllo delle società controllate. A prescindere da chi abbia avanzato richiesta, le notizie sono fornite a tutti i membri del Consiglio di Sorveglianza.

Come si è visto, sia nella disciplina codicistica sia in quella finanziaria, non vi sono disposizioni che assegnano al Consiglio di

Sorveglianza della capogruppo uno specifico potere generale di direzione e coordinamento delle attività di vigilanza, svolta dagli organi di controllo delle singole società affiliate. Ciò perché il Consiglio di Sorveglianza della controllante non può ritenersi “superiore gerarchico”.

Bisogna tener presente che il Consiglio di Sorveglianza della società che dirige e coordina è, e resta, unicamente organo di questa sola società; giuridicamente non è, infatti, possibile dare a tale organo la qualifica di “Consiglio di Sorveglianza del gruppo” al quale si potrebbero poi riconoscere delle funzioni esercitabili nei confronti degli organi delle società dirette e coordinate. In altri termini non è giuridicamente possibile prevedere un Consiglio di Sorveglianza che abbia, nei confronti degli organi di vigilanza e di amministrazione delle società controllate (siano esse a dualistico o meno), lo stesso rapporto che c’è tra questo e il Consiglio di gestione della “propria” società.

Riguardo alla possibilità per il Consiglio di Sorveglianza di predisporre piani ed operazioni strategiche di gruppo, la prassi dimostra, attraverso gli statuti delle banche quotate, che vi è la previsione esplicita di clausole nelle quali è prescritto che il Consiglio di Sorveglianza della società capogruppo possa deliberare in via preventiva anche riguardo a piani e/o operazioni strategiche aventi “rilevanza di gruppo”.

A tal proposito, piani e/o operazioni aventi “rilevanza di gruppo” possono essere intesi, in un duplice senso⁶²:

⁶² Cfr. V. CARIELLO, *Consiglio di sorveglianza della capogruppo e "unificazione e supervisione strategica" del gruppo*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di M. CERA e G. PRESTI in *AGE*, vol. II, 2007, p. 287.

a) piani e/o operazioni strategiche particolari della banca, che dirige e coordina, in società dirette e coordinate (c.d. piani e/o operazioni strategiche in società di gruppo: per esempio assunzione di partecipazioni ulteriori e rilevanti o dismissioni di partecipazioni aggiuntive e consistenti in società dirette e coordinate);

b) piani, operazioni o atti aventi rilevanza strategica generale (i.e. di gruppo) rispetto al complesso delle società coinvolte dall'attività di direzione e coordinamento (c.d. piani, operazioni e/o atti di "politica di gruppo": adozione di c.d. piani strategici di gruppo, concernenti tra altro l'allargamento ovvero la restrizione territoriale del gruppo, con acquisto o cessione di partecipazioni di maggioranza; redazione di c.d. codici di gruppo).

Riguardo al senso di cui alla lett. a) dagli statuti, si nota come sia il Consiglio di Sorveglianza che approva i piani finanziari e i budget del gruppo predisposti dal consiglio di gestione. Riguardo invece al senso di cui alla lett. b), il Consiglio di Sorveglianza della capogruppo può deliberare in ordine al compimento delle operazioni strategiche da parte del Consiglio di gestione della stessa società capogruppo riguardanti il gruppo nel suo insieme anche in virtù dell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento.

La deliberazione dei piani e operazioni, così come sopra intesi, va ad integrare l'esercizio della funzione di controllo, *ex ante*, di legalità e di merito sulla c.d. alta amministrazione del gruppo.

È innegabile quindi un coinvolgimento attivo del Consiglio di Sorveglianza della capogruppo nella definizione degli aspetti dell'attività di direzione e coordinamento.

Il Consiglio di Sorveglianza finisce così per esercitare un potere di indirizzo e, con esso, un'influenza sull'attività programmatica strategica. Prendendo quindi decisioni imprenditoriali di gruppo, a prescindere dall'attuazione statutaria dell'art. 2409*terdecies*, c. 1, lett. f-*bis*) c.c., il Consiglio di Sorveglianza compie un'effettiva "compartecipazione" alla gestione del gruppo. Sotto questo profilo, va precisato che sia rispetto ai piani che alle operazioni strategiche la delibera del Consiglio di Sorveglianza non potrà né tradursi in un potere positivo, cioè vincolante il consiglio di gestione in merito ai piani che deve predisporre e alle operazioni che deve compiere, né può comportare un sostanziale trasferimento al Consiglio di Sorveglianza della competenza a predisporre i piani e a compiere le operazioni di gruppo.

Rispetto alle sole operazioni strategiche non sembra possibile attribuire al Consiglio di Sorveglianza della capogruppo il potere di identificare concretamente le specifiche operazioni da compiersi. Per via statutaria, però, potrebbe essere ammesso, soprattutto se al Consiglio di Sorveglianza della capogruppo dovesse spettare la funzione di alta amministrazione, il riconoscimento, in capo a quest'ultimo, del potere di dettare criteri generali per l'identificazione delle operazioni strategiche da parte del consiglio di gestione.

Nel caso di banche a sistema dualistico, la funzione di supervisione strategica esercitata dalla capogruppo, tramite il Consiglio di Sorveglianza, sul gruppo dovrebbe implicare l'approvazione del c.d.

progetto di governo societario, avente il contenuto individuato dalle linee applicative dettate dell'autorità di vigilanza⁶³. In linea teorica, non si può escludere che l'individuazione degli indirizzi di carattere strategico possa costituire una fase prodromica, quindi programmatica rispetto alla fase realizzativa. In quest'ottica il Consiglio di Sorveglianza prima individuerrebbe e poi delibererebbe gli obiettivi e le strategie della banca, dettando altresì i criteri generali per l'identificazione delle operazioni strategiche. Successivamente il consiglio di gestione predisporrebbe i piani, identificando in concreto le operazioni strategiche finalizzate ad attuare le politiche aziendali.

In ultimo il consiglio di gestione sottoporrebbe al Consiglio di Sorveglianza piani ed operazioni strategiche per ottenerne l'approvazione. In pratica, il procedimento è più immediato: l'individuazione degli indirizzi di carattere strategico si risolve più frequentemente nell'esame e nella deliberazione sui piani e sulle operazioni predisposti dal consiglio di gestione. Al contrario di quanto previsto in linea teorica, il consiglio di gestione predispone i piani e le operazione che il Consiglio di Sorveglianza approva. Quindi sia con riferimento ai piani che con riferimento alle operazioni strategiche si può parlare di compartecipazione preliminare e continua sulla supervisione strategica del Consiglio di Sorveglianza della capogruppo. Tale coinvolgimento preliminare, nel caso in cui lo statuto preveda un catalogo delle operazioni, potrebbe anche riguardare la determinazione dei tempi e delle modalità di attuazione delle singole operazioni. Essendo tale coinvolgimento realizzabile tramite costanti e periodici flussi informativi preventivi, rispetto all'adozione delle

⁶³ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pagg. 3-4.

deliberazioni del Consiglio di Sorveglianza di cui all'art. 2409*terdecies*, c. 1, lett. f-*bis*), si ritiene opportuno l'inserimento in statuto di apposite clausole al fine di istituzionalizzare e razionalizzare questi flussi informativi. Tali flussi continui, periodici e preventivi, insieme al coinvolgimento preliminare, consentirebbero di preparare l'adozione della deliberazione ai sensi della lett. f-*bis*) dell'art. 2409*terdecies*, c.1, garantendo così anche maggiore certezza di una decisione positiva del Consiglio di Sorveglianza. Si eviterebbe in tal modo una deliberazione di senso negativo, in quanto si arriverebbe a tale provvedimento attraverso una serie di approvazioni e autorizzazioni intermedie e informali del Consiglio di Sorveglianza della capogruppo. Va però precisato che tale coinvolgimento preliminare non lede la competenza di proposta, iniziativa e impulso che resta di esclusiva competenza del consiglio di gestione.

In ultimo, bisogna vedere, dalla prospettiva opposta, come l'“unificazione strategica”⁶⁴ influisce sugli organi delle società figlie e/o affiliate al gruppo. Questione fondamentale è capire come la previsione dell'art. 2409*terdecies*, c.1, lett. f-*bis*), c.c. possa essere impiegata nello statuto della società capogruppo, al fine di realizzare in modo diretto un controllo di merito e di legalità *ex ante* sulla definizione dei piani e delle operazioni strategiche delle società dirette e coordinate, predisposti dagli organi di quest'ultime. A seguito del nuovo codice di autodisciplina del 2011, sorgono dubbi sulla legittimità statutaria in merito alla competenza del Consiglio di Sorveglianza della società che dirige e coordina, di autorizzare operazioni di società dirette e coordinate che abbiano un

⁶⁴ V. CARIELLO, *Consiglio di sorveglianza della capogruppo*, cit., p. 297.

rilevante valore strategico, economico, patrimoniale o finanziario⁶⁵ per la società che dirige e coordina. Nel precedente codice di autodisciplina (del 2006) era espressamente previsto che il consiglio di amministrazione potesse preventivamente esaminare ed approvare le operazioni dell'emittente e delle sue controllate⁶⁶; proprio la previsione del controllo preventivo è venuta meno nel successivo codice di autodisciplina, il che fa nutrire qualche dubbio sulla legittimità di una previsione statutaria in merito.

Allo stesso tempo se nello statuto di una società controllata a sistema dualistico fosse prevista l'autorizzazione da parte del consiglio di gestione della società controllante per operazioni strategiche, lo statuto della società capogruppo dovrebbe prevedere che il Consiglio di Sorveglianza della controllante possa esprimersi sull'autorizzazione che il consiglio di gestione della controllante dovrebbe dare, secondo quanto previsto dallo statuto della controllata. In linea più generale sembra quindi legittimamente ammissibile una previsione statutaria che conceda al Consiglio di Sorveglianza della società capogruppo il potere di autorizzare operazioni strategiche, programmate da società "figlie", che abbiano rilevanza ed influenza sul complessivo andamento del gruppo. Tale ammissibilità si fonda sia sul diritto-obbligo, nonché dovere, della società "madre" di assicurare, tramite i suoi organi, un'attività di direzione e coordinamento delle società "figlie", sia sul diritto-obbligo, nonché

⁶⁵ Cfr. COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Criterio applicativo 1.C.1. lett. f), *Codice di Autodisciplina*, Dicembre 2011.

⁶⁶ Cfr. COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Criterio applicativo 1.C.1. lett. f), *Codice di Autodisciplina*, 2006.

dovere, di esercitare una corretta direzione unitaria del gruppo (art. 2497, c. 1, c.c.). D'altronde, almeno nel caso di società capogruppo bancaria, la legittimità della clausola statutaria sarebbe ulteriormente giustificata sia dalla unitarietà di gestione sia dalla stabilità del gruppo, entrambi requisiti imposti dalla normativa di settore.

In questo modo però non si riuscirebbe a garantire anche l'autorizzazione della delibera, il cui unico organo competente sarebbe quello della società controllata; sorgerebbe così, il problema della armonizzazione della doppia deliberazione. Il Consiglio di Sorveglianza della capogruppo, non avendo a disposizione alcun potere legale di imposizione o istruzione vincolante, idoneo cioè a determinare l'adozione di due delibere, deve percorrere strade alternative come il condizionamento esercitato sugli organi delle società dirette e coordinate competenti per la (seconda) decisione.

In conclusione il Consiglio di Sorveglianza della società "figlia" è, in linea di massima, libero di autorizzare o non autorizzare il compimento di un'operazione già precedentemente autorizzata, o diversamente sollecitata, dalla società "madre". Questa libertà viene esercitata in funzione del necessario perseguimento degli interessi imprenditoriali della società controllata. Tali interessi sono predominanti, ma non assoluti e quindi non escludono l'interesse generale di gruppo che è ovviamente, sotteso alla operazione (strategica) suggerita o sollecitata dalla capogruppo.

2. Condivisione o veto

L'attribuzione della supervisione strategica al Consiglio di Sorveglianza, oltre al tradizionale controllo legale e di merito *ex post*, di cui l'organo è, e resta, originario, unico ed esclusivo titolare, aggiunge un controllo legale e di merito *ex ante*.

Si può quindi dedurre che la funzione di controllo e quella di supervisione strategica convergono e si sommano nella creazione di una c.d. "funzione di controllo interno alla gestione"⁶⁷.

Dando uno sguardo al sistema tedesco, modello di riferimento per il legislatore del 2003, si nota che teoricamente il Consiglio di Sorveglianza (c.d. *Aufsichtsrat*) non può ingerirsi nell'amministrazione della società, essendo questa una funzione di competenza esclusiva del consiglio di gestione (c.d. *Vorstand*)⁶⁸.

Infatti nell'*AktG* (legge sulle società per azioni) al § 111, Abs. 4, si legge chiaramente che la gestione dell'impresa non può essere attribuita al *Aufsichtsrat*. Tuttavia, lo statuto o lo stesso Consiglio di Sorveglianza devono scegliere determinate tipologie di atti che possono essere compiuti solo con il consenso del Consiglio di Sorveglianza (c.d. *Zustimmungsvorbehalte*, c.d. riserva di consenso). In caso di dissenso da parte del Consiglio di Sorveglianza, il *Vorstand* può chiedere che sia l'assemblea a deliberare in merito al compimento dell'atto. La regola

⁶⁷ Cfr. V. CARIELLO, *L'organizzazione interna*, cit., p. 93.

⁶⁸ Nella *Relazione di accompagnamento al d.lgs. 6/2003* il legislatore, introducendo il sistema dualistico, ha espressamente dichiarato che "il sistema dualistico di amministrazione e di controllo [...] è largamente ispirato agli ordinamenti tedesco e francese e, soprattutto, allo statuto della Società Europea...".

generale è, dunque, che al Consiglio di Sorveglianza non possono essere attribuiti poteri gestori in senso stretto, come si evince anche dal § 76, Abs. 1, *AktG*, secondo il quale la società è diretta e gestita dal consiglio di gestione sotto la propria responsabilità. Il *Aufsichtsrat* è comunque dotato di poteri idonei a influenzare il concreto esercizio e ad incidere sulla direzione strategica della società (funzione di supervisione e di indirizzo). Tale influenza viene esercitata prevedendo che specifiche operazioni, indicate nello statuto o dal Consiglio di Sorveglianza (c.d. *Katalog*), debbano essere sottoposte ed autorizzate dall' *Aufsichtsrat*⁶⁹. La posizione del Consiglio di Sorveglianza è stata ulteriormente rafforzata nel 2002 quando, consapevoli dell'importanza del controllo preventivo, modifiche all'*AktG* attraverso il *TransPuG* (*Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanz-rechts, zu Transparenz und Publizität* - legge di riforma della disciplina azionaria e del bilancio per trasparenza e pubblicità) hanno imposto a favore del Consiglio di Sorveglianza una vera e propria riserva di approvazione. Tra l'altro è stato previsto anche il diritto dei singoli componenti del Consiglio di Sorveglianza di ottenere dal consiglio di gestione una relazione sull'andamento degli affari sociali e di chiedere la convocazione dell'organo⁷⁰.

⁶⁹ *AktG* § 111 Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats: „(4) Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden. Die Satzung oder der Aufsichtsrat hat jedoch zu bestimmen, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Verweigert der Aufsichtsrat seine Zustimmung, so kann der Vorstand verlangen, daß die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. [...]“

⁷⁰ Cfr. C. AMATUCCI, *L'efficienza dell' "Insider control system" e informazione "privata" destinata al Consiglio di sorveglianza*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA e G. PRESTI., in *AGE*, Bologna, vol. II, 2007, p. 400.

Va aggiunto che in Germania è riconosciuta allo statuto la possibilità, completamente estranea al nostro Consiglio di Sorveglianza, di conferire all'*Aufsichtsrat* il potere di stabilire il regolamento interno del *Vorstand* (§ 77, Abs. 2, *AktG*). Da questo regolamento discende la condizione stessa per realizzare un'ulteriore ripartizione di compiti all'interno del *Vorstand*, che si traduce in un riparto per funzioni (per esempio, settore legale, di produzione, del personale...), in modo tale che gli amministratori siano tutti, in sostanza, esecutivi nell'ambito delle rispettive funzioni.

In sostanza, la tendenza in atto nell'esperienza giuridica tedesca è quella di collocare sempre più l'*Aufsichtsrat* al centro delle decisioni gestorie fondamentali dell'impresa e di caratterizzarlo come un organo che condivide con il consiglio di gestione la cosiddetta alta amministrazione dell'impresa e ne è pertanto corresponsabile; si tratterebbe, per alcuni e limitati aspetti, di un ritorno alle origini, allorquando l'*Aufsichtsrat* “funzionava più come organo di amministrazione che come organo di controllo”⁷¹.

Inoltre per le società quotate la disciplina è arricchita anche dal Codice di *Corporate Governance* (DCGK) che prevede che gli organi operino a stretto contatto per l'interesse dell'impresa. A tal fine, e per garantire una vigilanza periodica sull'operato del Consiglio di gestione, nonché consigliarlo nella gestione dell'impresa, il Consiglio di Sorveglianza deve essere sempre coinvolto nelle decisioni di

⁷¹ Cit. G. B. PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Rivista diritto societario*, 2007, I, p. 2.

fondamentale importanza per la società⁷². Inoltre il presidente del Consiglio di Sorveglianza deve mantenere contatti regolari e costanti con il consiglio di gestione consultandolo, tra l'altro, sulla strategia, lo sviluppo operativo e la gestione dei rischi d'impresa⁷³.

In altri termini in Germania c'è un contesto, assente in Italia, che consente al Consiglio di Sorveglianza di esercitare un fondamentale influsso sulla futura politica degli affari, attraverso la istituzionalizzazione di un dialogo permanente tra i due organi, tale per cui il Consiglio di Sorveglianza può pretendere dal consiglio di gestione una giustificazione per ogni allontanamento dalla politica concordata; può valutare non solo la legalità degli affari concordati dagli amministratori, ma anche la loro opportunità, convenienza e redditività⁷⁴. In altri termini si tratta di una

⁷² Si veda il *Deutscher Corporate Governance – Kodex* (versione del 15.05.2012) par. 3. 1 „Vorstand und Aufsichtsrat arbeiten zum Wohle des Unternehmens eng zusammen“, par. 5.1.1 „Aufgabe des Aufsichtsrats ist es, den Vorstand bei der Leitung des Unternehmens regelmäßig zu beraten und zu überwachen. Er ist in Entscheidungen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen einzubinden“.

⁷³ Si veda il *Deutscher Corporate Governance – Kodex*, (versione del 15.05.2012) par. 5.2 “Der Aufsichtsratsvorsitzende koordiniert die Arbeit im Aufsichtsrat, leitet dessen Sitzungen und nimmt die Belange des Aufsichtsrats nach außen wahr.

[...] Der Aufsichtsratsvorsitzende soll zwischen den Sitzungen mit dem Vorstand, insbesondere mit dem Vorsitzenden [...], regelmäßig Kontakt halten und mit ihm Fragen der Strategie, der Planung, der Geschäftsentwicklung, der Risikolage, des Risikomanagements und der Compliance des Unternehmens beraten. Der Aufsichtsratsvorsitzende wird über wichtige Ereignisse, die für die Beurteilung der Lage und Entwicklung sowie für die Leitung des Unternehmens von wesentlicher Bedeutung sind, unverzüglich durch den Vorsitzenden bzw. Sprecher des Vorstands informiert. Der Aufsichtsratsvorsitzende soll sodann den Aufsichtsrat unterrichten und erforderlichenfalls eine außerordentliche Aufsichtsratssitzung einberufen.,

⁷⁴ Poteri oggi specificamente previsti dal Codice di Corporate Governance (DCGK), per il quale “il Consiglio di gestione coordina l'orientamento strategico dell'impresa con il

vera e propria compartecipazione alla gestione, che, senza tradursi in precisi compiti di alta amministrazione attiva, non esclude il coinvolgimento del Consiglio di Sorveglianza nelle scelte fondamentali della politica societaria. Anzi nella prassi, molto spesso gli *Aufsichtsräte*, svolgono anche compiti che vanno ben oltre la Sorveglianza, realizzando così una vera e propria sintonia tra le scelte dei due organi.

Ecco perché in Germania si è arrivato a parlare di un vero e proprio diritto di veto (c.d. *Vetorecht*)⁷⁵ in capo al Consiglio di Sorveglianza. Tale veto, però può essere esercitato solo in ordine al compimento di determinati atti gestori, quelli cioè inseriti nel *Katalog*. L'intervento dell'*Aufsichtsrat*, infatti, deve essere limitato a determinati atti o operazioni, non essendo ritenute lecite clausole che richiedono il consenso del Consiglio di Sorveglianza per tutti gli atti gestori o per atti genericamente individuati; ciò evidentemente al fine di preservare il potere di gestione corrente del *Vorstand*.

Va precisato, inoltre, che, una volta ottenuto il consenso dell'*Aufsichtsrat* in merito al compimento di un atto gestorio, l'organo amministrativo è comunque libero di decidere se porre in essere o meno tale atto, restando altresì responsabile per i danni cagionati nella propria

Consiglio di sorveglianza e discute con esso ad intervalli regolari lo stato attuale della realizzazione delle strategie” (principio 3.2), ed inoltre, “il Consiglio di gestione evidenzia gli scostamenti dell'andamento degli affari rispetto agli obiettivi precedentemente formulati e ne indica le ragioni” (principio 3.4).

⁷⁵ Si veda, tra gli altri, U. TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di alta amministrazione del Consiglio di sorveglianza*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. SARCINA - J.A. GARCÍA CRUCES, Bari, 2010, pp. 41-42.

attività ai sensi del § 93, *AktG*. Nella diversa ipotesi in cui il Consiglio di Sorveglianza neghi il proprio consenso, in via di principio, è vietato al *Vorstand* il compimento dell'atto, essendo pur sempre prevista la possibilità per l'organo amministrativo di chiedere il consenso direttamente all'assemblea (§ 111, Abs. 4, Satz 3, *AktG*).

Guardando invece allo statuto della Società europea (SE), non si può arrivare alla stessa conclusione. Infatti è previsto che l'organo di vigilanza controlla la gestione "assicurata" dall'organo di direzione, ma non può esercitare direttamente il potere di gestione (Art. 40, c. 1, Reg. CE 8 ottobre 2001, n. 2157/2001). In tal caso si può affermare che non vi è veto né condivisione.

Benché resti una questione tutt'oggi ancora irrisolta⁷⁶, dal legislatore nazionale, nella disciplina del Consiglio di Sorveglianza, l'orientamento che si è fatto strada nella dottrina italiana è che il potere di delibera sulla gestione strategica non comporti anche l'attribuzione di prerogative proprie di gestione al Consiglio di Sorveglianza ma implichi soltanto che specifiche operazioni, definite e predisposte dal consiglio di gestione, richiedano la valutazione e quindi il benestare del Consiglio di Sorveglianza. Il fatto che, per le operazioni strategiche ed i piani industriali e finanziari, resti "ferma in ogni caso la responsabilità" del consiglio di gestione "per gli atti compiuti" significa solo che il consiglio di gestione possa non concordare con quanto abbia deliberato il Consiglio di Sorveglianza. In linea del tutto teorica si ritiene quindi che, ferma la responsabilità del consiglio di gestione per gli atti compiuti, quest'ultimo può anche non essere d'accordo con quanto deliberato dal Consiglio di

⁷⁶ Cfr. P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 13.

Sorveglianza e che quindi possa non dare esecuzione all'operazione o al piano da quest'ultimo deliberato, o eseguirlo in modo diverso da quanto prospettato e auspicato dal Consiglio di Sorveglianza. In altri termini, sempre in linea teorica, entrambi gli organi potrebbero non conformarsi l'uno alla decisione dell'altro⁷⁷: l'esistenza di autorizzazioni preventive o di approvazioni successive implicherebbe l'attribuzione al Consiglio di Sorveglianza di una veste di "codeterminatore" e non quella di decisore di ultima istanza.

Ne consegue, sempre e solo in linea teorica, che l'amministrazione dell'impresa in senso proprio è, e resta, di competenza del Consiglio di gestione; il Consiglio di Sorveglianza può esprimere la propria opinione (se lo statuto lo prevede) sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari, ma non può imporre la sua decisione al consiglio di gestione; si tratterebbe cioè non di una mera interazione ma di una "commistione strutturale"⁷⁸ tra le funzioni dei due organi nell'attività gestorie.

Tuttavia però bisogna guardare la prassi, dalla quale risulta evidente il ruolo che il Consiglio di Sorveglianza esercita in maniera determinante sulle operazioni strategiche e sui piani industriali. È altresì evidente che è il Consiglio di Sorveglianza a nominare e revocare in qualsiasi momento e senza giusta causa i membri del Consiglio di gestione (nonché a definirne il compenso); non va dimenticato che tale potere è previsto per via codicistica e non rimesso a scelte statutarie. È poi ulteriormente previsto

⁷⁷ Cfr. M. WEIGMANN, *op. cit.*, p. 258; F. GHEZZI, *op. cit.*, pp. 334-335; G. CALABRÒ, *Sistema dualistico e governance bancaria*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, pp. 201 ss.

⁷⁸ Cfr. V. CONTI, *Il sistema dualistico ed il profilo dei controlli*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 198.

che i consiglieri di sorveglianza devono partecipare alle riunioni del consiglio di gestione; questo potere, benché previsto dal codice civile, è disciplinato con modalità diverse da statuto a statuto. Riguardo a quest'ultimo punto la tesi più diffusa sostiene che la partecipazione di membri del Consiglio di Sorveglianza (o di comitati interni) alle riunioni del consiglio di gestione possa essere decisiva affinché quest'ultimo non si riduca ad una funzione di mera ratifica di scelte strategiche, di fatto definite dal Consiglio di Sorveglianza; si considera quindi, tale partecipazione, un'importante modalità conoscitiva.

Come ha però rilevato una parte della dottrina, una simile tesi appare dubbia alla luce della esigenza di garantire una separazione netta dei ruoli. Per risolvere tale questione bisognerebbe limitare il ruolo svolto dai membri del Consiglio di Sorveglianza nelle riunioni del consiglio di gestione. La partecipazione dovrebbe essere quindi non invasiva e circoscritta, limitandosi così ad acquisire informazioni, ad elevare eventuali irregolarità o illegalità dell'organo esecutivo, senza tuttavia poter esprimere opinioni. Tali limitazioni appaiono aderenti a quanto previsto anche dalla normativa di altri paesi europei. Comunemente si prevede, infatti, che l'organo di gestione fornisca periodiche informazioni, anche su richiesta del Consiglio di Sorveglianza, con modalità tali da assicurare la separazione dei ruoli e l'assenza di conflitti tra chi dovrebbe controllare e chi dovrebbe gestire. In tal modo, e limitatamente a questo punto, si eviterebbe il problema "nascosto" di un potere di veto in mano al Consiglio di Sorveglianza, che invece resta, se si considera il potere di nomina/revoca proprio dei consiglieri di sorveglianza. Quindi la partecipazione alle riunioni del consiglio di gestione, dovrebbe non

coinvolgere tutti i membri del Consiglio di Sorveglianza, soprattutto i consiglieri che, per la loro funzione, possono creare commistione di ruoli tra controllo e gestione. La partecipazione andrebbe quindi limitata, principalmente ma non esclusivamente, ai componenti del comitato per il controllo interno. Inoltre la partecipazione dovrebbe essere selezionata nel numero, limitata nella frequenza ed in funzione delle specifiche materie trattate⁷⁹.

Particolare menzione meritano quegli statuti che prevedono l'attribuzione al Consiglio di Sorveglianza di poteri di autorizzazione riguardo ad atti che non rientrano nella c.d. alta amministrazione, né nella funzione tipica di controllo. Sia chiaro, non c'è nulla che vieta al consiglio di gestione di richiedere pareri e al Consiglio di Sorveglianza di formulare osservazioni e proposte non vincolanti in merito ad atti di gestione, anche corrente. Tuttavia il principio di esclusività della gestione non tollera alcuna deroga ulteriore rispetto a quanto previsto dalla legge con riferimento ai soli piani ed operazioni strategiche.

Di conseguenza il Consiglio di Sorveglianza non potrebbe esercitare nessun potere di autorizzazione o di veto in campi estranei all'alta direzione. Quindi, a maggior ragione, non sembra compatibile con il sistema dualistico una riserva esclusiva di competenze al Consiglio di Sorveglianza riguardo ad aree della gestione corrente. A mero titolo esemplificativo, si può richiamare il caso in cui il Consiglio di Sorveglianza, attraverso il comitato nomine, designa i componenti degli organi di amministrazione o gestione delle società controllate; non si può infatti dire che questa sia una funzione di alta amministrazione

⁷⁹ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pag. 10; G. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 207.

propriamente detta, eppure è quanto la prassi statutaria dimostra⁸⁰. La distinzione tra gestione corrente (propria del consiglio di gestione) ed operazioni di natura strategica non è sempre facile da tracciare⁸¹. La nomina dei membri esecutivi dei consigli di gestione delle principali controllate potrebbe rientrare tra quelle decisioni che, per il loro carattere strategico, sono di “rilevante interesse per la società”⁸².

In effetti, guardando oltre i confini nazionali, si rileva che in Germania la nomina dei consigli di gestione delle principali controllate rientra nel catalogo delle operazioni sulle quali il Consiglio di Sorveglianza ha diritto di esercitare il proprio potere di veto.

3. Il comitato interno

Non esiste in dottrina, né forse potrebbe esistere, una definizione unitaria e univoca di “comitato interno”. In modo generico, e anche un po’ superficiale, si potrebbe dire che si tratta di un’articolazione pluripersonale di un organo societario, esso stesso pluripersonale.

⁸⁰Si veda l’art. 49 dello statuto di UBI Banca che prevede che sia il comitato nomine a designare i candidati alle cariche di membri del consiglio di gestione delle controllate, consentendo al presidente e al vice presidente del consiglio di gestione di partecipare alle riunioni, senza tuttavia diritto di voto.

⁸¹ Per la divisione della gestione corrente della società, della gestione strategica e del controllo sulla gestione nei tre sistemi di “governance” si veda: C. MARCHETTI, *Composizione e nomina*, cit., pp. 302-303.

⁸² Parole utilizzate dal legislatore delegato all’art. 14 del d.lgs. 310/2004 che, si ricordi, ha innovato l’art. 2409*terdecies*, c. 1, lett. f-bis), c.c.

Il legislatore nazionale diverse volte menziona, con riferimento ai diversi modelli di *corporate governance*, i comitati interni con il fattore della pluripersonalità come unico comune denominatore. I comitati possono avere funzioni decisorie o consultive che possono graduarsi in funzioni istruttorie, propositive o di monitoraggio.

In linea di massima, si può affermare che di solito hanno una funzione consultiva, rinviando la decisione all'organo collegiale di cui ne costituiscono l'articolazione. Possono quindi essere definiti come "semplici uffici"⁸³ della società e non organi, non avendo rilevanza esterna agli atti posti in essere da loro. Perciò la creazione dei comitati interni rientra pienamente nell'autonomia organizzativa delle singole società, che può essere prevista per via statutaria o delegata ai singoli organi.

La spinta alla creazione di comitati interni non viene solo dal legislatore nazionale ma anche da altre istituzioni quali la Consob e la Borsa italiana (attraverso il Comitato per la *Corporate Governance*). La Consob ha avanzato al legislatore nazionale la proposta di valutare l'opportunità di perfezionare il quadro normativo, affidando le funzioni di controllo, ed i relativi requisiti, ad uno specifico comitato costituito all'interno del Consiglio di Sorveglianza⁸⁴. La Commissione ipotizza

⁸³ R. LENER, *Comitati interni e consiglieri "non sorveglianti"*. In *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di M. CERA e G. PRESTI in *AGE*, vol. II, 2007, p. 369-370.

⁸⁴ Cfr. CONSOB, *Relazione per l'anno 2006 – Discorso del Presidente della Consob al mercato finanziario*, Roma, 31 Maggio 2007. pp. 19-20. Si badi che questo documento è antecedente alle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, emesse dalla Banca d'Italia del 2008 che prevedono l'obbligo per le società bancarie di costituire un comitato per il controllo interno nel caso in cui il Consiglio di sorveglianza abbia più di 6 componenti.

quindi un comitato di controllo, non come articolazione dell'organo di vigilanza ma vero e proprio organo delegato dalla legge all'esercizio delle funzioni di controllo del Consiglio di Sorveglianza.

L'intervento legislativo auspicato dalla Consob potrebbe rivelarsi decisivo per risolvere il paradosso che attanaglia i Consigli di Sorveglianza delle società quotate. Infatti, rendere obbligatoria la costituzione di un comitato per il controllo interno sarebbe il primo passo, necessario e propedeutico, per un'ulteriore modifica legislativa che dovrebbe circoscrivere ai soli componenti di tale comitato l'applicabilità dei requisiti d'indipendenza dei sindaci (art. 148 T.U.F., c. 3), attualmente richiesti per tutti i consiglieri di sorveglianza (art. 148 T.U.F., c. 4*bis*). La citata disciplina, richiedendo per tutti i consiglieri di sorveglianza la mancanza di rapporti di parentela e affinità coi gestori della società e di qualunque rapporto di natura patrimoniale capace di comprometterne l'indipendenza, impedisce alla maggioranza dei soci (o ai loro rappresentanti) e ai familiari dei gestori di far parte dell'organo di vigilanza; in tal modo però si è stravolta l'impostazione iniziale del sistema dualistico (conservandola solo per le società non quotate).

Riguardo la spinta alla creazione di comitati interni da parte della Borsa Italiana, il Codice di Autodisciplina del 2011, sulla stessa onda di quello del 2006, pone particolare attenzione, sottolineandone l'importanza, sull'istituzione dei comitati. Si prevede che i comitati siano istituiti all'interno del consiglio di amministrazione con funzioni propositive e consultive, non anche con funzioni decisorie (4.P.1.). Dovrebbero essere composti da almeno tre membri, e non più di otto; in

quest' ultimo caso due membri del comitato devono essere indipendenti (4.C.1.a).

I comitati, ci tiene a sottolineare il codice di autodisciplina, non si sostituiscono al Consiglio nell'adempimento dei suoi compiti, in quanto svolgono un ruolo istruttorio, formulano cioè proposte, raccomandazioni e pareri “*al fine di consentire al Consiglio stesso di adottare le proprie decisioni con maggiore cognizione di causa*”⁸⁵. Conformemente a quanto avviene già diffusamente nella prassi non solo internazionale e comunitaria ma anche statutaria, il codice prevede inoltre tre tipi di comitati: a) Comitato nomine, obbligatorio per il Consiglio di amministrazione, composto, in maggioranza, da amministratori indipendenti. (5.P.1.); b) Comitato per la remunerazione, composto da amministratori indipendenti o da amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti (6.P.3.); c) Comitato controllo e rischi, composto da amministratori indipendenti o da amministratori non esecutivi, in maggioranza indipendenti (7.P.3.-4.).

Essendo la disciplina, prevista dal codice redatto dal Comitato per la *Corporate Governance*, concepita principalmente per il sistema tradizionale, sono sorti non pochi problemi nella fase attuativa. Il codice fa riferimento al rapporto comitati interni – consiglio di amministrazione, ciò porterebbe a dedurre che nel sistema dualistico i comitati interni debbano esclusivamente essere previsti in seno al consiglio di gestione. Tuttavia si può asserire che, anche in virtù di un esplicito richiamo (10.C.1.b), i comitati interni possono istituirsi anche (ma non solo) all'interno del

⁸⁵ Così il *Commento, Art. 4 – Istituzione e funzionamento dei comitati interni al Consiglio di amministrazione*, in *Codice di Autodisciplina*, 2011, p. 21

Consiglio di Sorveglianza. Sembra infatti opportuno, sia secondo il codice che secondo dottrina che i comitati siano costituiti all'interno dell'organo di vigilanza⁸⁶.

La possibilità di creare comitati allontana ancora di più l'idea di un Consiglio di Sorveglianza quale mero organo creato ad immagine e somiglianza del collegio sindacale. Infatti questi comitati oltre ad avere funzioni di controllo specifiche e settoriali potrebbero anche dettare principi organizzativi affinché il controllo sia possibile ed efficace; si tratta di controlli diversi ed ulteriori rispetto al "controllo" sindacale.

Ruolo essenziale è quindi riconosciuto alla creazione di comitati nell'ambito del Consiglio di Sorveglianza al fine di assicurare una virtuosa organizzazione strutturale, un'efficiente funzionamento ed una corretta operatività dell'organo. La creazione diventa irrinunciabile allorché il Consiglio di Sorveglianza assuma dimensioni numeriche rilevanti, potenzialmente ostative ad un efficace esercizio delle funzioni dell'organo, o il Consiglio di Sorveglianza assuma una duplicità di funzioni.

Lo scopo principale che si prefigge la creazione dei comitati è quello di *"aumentare l'efficienza del lavoro del Consiglio [...] di Sorveglianza"*, al fine di garantire che le decisioni da esso adottate siano ben fondate, contribuendo all'organizzazione del suo lavoro, *"per assicurare che tali*

⁸⁶ Con riferimento al codice si veda: *Commento, Art. 10 – Sistemi di amministrazione e controllo dualistico e monistico*, in *Codice di Autodisciplina*, 2011, pp. 42-43. Con riferimento alla dottrina si veda R. LENER, *op. cit.*, p. 374, che però si riferisce al Codice di autodisciplina del 2006.

decisioni siano scevre di conflitti di interessi rilevanti”⁸⁷ e di agevolare la trattazione di argomenti complessi per i quali sono richieste professionalità e conoscenze specifiche.

Non deve però essere dimenticato che l’efficienza derivante dalla costituzione dei comitati va poi testata nei fatti e nella pratica anche se spesso manca una autovalutazione dell’attività del Consiglio e dei comitati. È ovvio che il Consiglio di Sorveglianza debba tener conto, tra l’altro, delle specifiche caratteristiche dell’impresa, del numero e delle qualità professionali e d’indipendenza dei suoi componenti⁸⁸. Non si possono quindi escludere effetti pregiudizievoli conseguenti all’istituzione di comitati; tali effetti negativi, possono essere, e di solito sono, conseguenza di una errata definizione di cosa possono fare i comitati e di come debbano interagire con l’organo di cui sono un’articolazione.

Fino ad oggi, non si rivelano, nella prassi, pareri ed esperienze negative in seguito all’adozione di comitati interni; a testimonianza di ciò ci sono gli statuti delle società bancaria che adottano il sistema dualistico che espressamente contemplano e disciplinano i comitati previsti dal codice di autodisciplina della Borsa Italiana e, in particolare, il comitato per il controllo interno⁸⁹. Ulteriore testimonianza del favore che

⁸⁷ *Raccomandazione CE* del 15 febbraio 2005, cit., § 6.1.

⁸⁸ Per le banche, e per i Consiglio sui comitati che andrebbero costituiti all’interno delle stesse, si veda *COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie*, § 24.

⁸⁹ Lo statuto di Intesa Sanpaolo (art. 25.4) prevede che il comitato per il controllo interno è costituito, o meglio deve essere costituito, “al fine di facilitare l’esecuzione delle funzioni di controllo e di vigilanza spettanti” al Consiglio di sorveglianza stesso. Al Consiglio di sorveglianza spetta determinarne i poteri, ma è lo statuto stesso a specificare che il comitato

l'istituzione dei comitati ha riscontrato nella prassi è che l'adozione degli stessi non è imposta da nessuna previsione codicistica. Bisogna però riconoscere che, almeno per quanto riguarda le banche "dualistiche", la sensazione è che la fisionomia ed il campo di attività del comitato per il controllo interno presenta ancora spazi di forte imprecisione ed incertezza.

È bene ribadire che la scelta di istituire comitati interni riguarda l'organizzazione interna del Consiglio di Sorveglianza e non influisce sulla titolarità ed esclusività delle funzioni proprie dell'organo che resta unico centro di imputazione delle conseguenze attive e passive derivanti dall'esercizio⁹⁰. Si tratta, infatti, sostanzialmente di organismi consultivi (e

“svolge funzioni propositive, consultive ed istruttorie sul sistema dei controlli interni, sulla gestione dei rischi e sul sistema informativo contabile”. Nello statuto di UBI Banca non compare una descrizione altrettanto analitica (c'è un mero rinvio alle funzioni di legge) né dei poteri subordinati del comitato per il controllo interno (eppure previsti) né di quelli primari del Consiglio di sorveglianza in materia ricavabili dagli ampi poteri di proposta, coordinamento ed impulso in capo al presidente (art. 47). Nello statuto della Banca Popolare i poteri di controllo vengono formulati ricalcando quelli dello statuto di Intesa Sanpaolo. I poteri del comitato dei controlli (si noti, non comitato per il controllo interno), previsti dallo statuto (art. 41.4.3) sono secondari e strumentali rispetto ai poteri primari in tema di controlli al Consiglio di sorveglianza. “il comitato dei controlli ha compiti istruttori e referenti del Consiglio di sorveglianza in ordine a tutte le materie previste dall'articolo 41.1”. Lo statuto di Mediobanca ripete in maniera un po' più sintetica quanto previsto dallo statuto di Intesa Sanpaolo. Il comitato per il controllo interno (art. 14 u.c.) “in particolare svolge funzioni propositive, consultive ed istruttorie sul sistema dei controlli interni, sulla gestione dei rischi, sull'assetto informativo contabile”. Il sistema dei controlli interni con particolare riguardo al controllo dei rischi è l'area di intervento di vigilanza prevista nelle competenze plenarie del Consiglio di sorveglianza (art. 14 c.1 lett. c).

⁹⁰ Cfr. COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, *op. cit.*, anche riguardo alle responsabilità al § 24 è molto chiaro: “In linea di principio, i comitati non sono istituiti con lo scopo di esautorare il Consiglio [...] di sorveglianza stesso per le questioni ad essi demandate.

non di organi, non avendo rilevanza esterna gli atti da essi posti in essere), di istruttoria, utili al Consiglio di Sorveglianza per assumere decisioni il più possibile meditate e immuni da qualunque elemento che possa ingenerare il rischio di un conflitto di interessi.

A differenza di altri ordinamenti, è da escludere l'ammissibilità della delega di singoli poteri decisorii dell'organo ai comitati, restando in capo a questi ultimi solo i poteri istruttori⁹¹.

Bisogna adesso accennare al comitato per il controllo interno, unico comitato esclusivamente concepito per il sistema dualistico. Tale comitato nasce dalla constatazione che l'estensione delle competenze del Consiglio di Sorveglianza alla cogestione della direzione strategica dell'impresa sociale mette in serio rischio l'effettività della, pur permanente e fondamentale, funzione di controllo. È innegabile la prevalenza che la cogestione assume (o almeno, tende ad assumere) nell'operatività dell'organo; parimenti è innegabile il "rapporto di solidarietà"⁹² che inevitabilmente viene a crearsi tra i componenti dei due consigli. Quindi, al fine di evitare il degrado e l'accantonamento della funzione di controllo, si è proposta, come soluzione, la creazione all'interno del Consiglio di Sorveglianza di un comitato specificamente deputato al controllo interno, con funzioni istruttorie e consultive (mai deliberative). Ovviamente tale creazione deve essere prevista dallo statuto che deve anche definire i

Quest'ultimo continua ad essere interamente responsabile delle decisioni adottate nel suo ambito di competenza".

⁹¹ In prospettiva di riforma futura, si veda: V. CARIELLO, *L'organizzazione interna*, cit., pp. 119-120.

⁹² Cit. P. ABBADESSA, *op. cit.*, p. 13.

requisiti soggettivi, i poteri e le procedure che consentono al comitato di svolgere al meglio il suo compito.

Non a caso, il documento della Banca di Italia prevede che le banche che adottano il sistema dualistico (e monistico) debbano adottare idonee cautele al fine di prevenire “i possibili effetti pregiudizievoli per l’efficacia e l’efficienza dei controlli” che potrebbero sorgere a causa della compresenza nello stesso organo di funzioni di alta amministrazione e controllo⁹³. Ulteriormente la Banca di Italia specifica che, nel caso in cui vi sia un Consiglio di Sorveglianza al quale è attribuita anche la funzione di supervisione strategica o il Consiglio abbia un numero elevato di componenti, gli obiettivi succitati (i.e. separazione tra amministrazione e controllo) debbano essere assicurati attraverso la costituzione di un apposito comitato, che sia punto di riferimento per le funzioni e le strutture aziendali di controllo interno.

Condividendo gli stessi timori della Banca d’Italia, la Consob ha esplicitamente affermato che bisognerebbe rendere obbligatoria l’istituzione di un comitato per il controllo interno, con poteri istruttori, consultivi e propositivi, il cui parere dovrebbe essere obbligatorio⁹⁴. Ha aggiunto inoltre che, per completare tale sistema, bisognerebbe prevedere un obbligo di motivazione da parte del Consiglio di Sorveglianza nel caso in cui dissenta dal parere emesso dal comitato.

La prassi applicativa mostra che tutte le banche che hanno adottato il dualistico, in virtù di un apposita previsione statutaria, hanno previsto i principali comitati (remunerazione, nomine e controllo interno)

⁹³ Cfr. BANCA D’ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., p. 9.

⁹⁴ Cfr. CONSOB, *Relazione per l’anno 2007*, p. 80.

nell'ambito del Consiglio di Sorveglianza, in accordo a quanto previsto dalla Raccomandazione CE 2005/162, e relativamente alla fonti nazionali, dal Codice di autodisciplina delle società quotate.

Inoltre le disposizioni di vigilanza hanno introdotto un vero e proprio obbligo, da prevedere in statuto, di partecipare alle adunanze del consiglio di gestione di almeno uno dei componenti del Consiglio di Sorveglianza, ovvero dei componenti di un comitato per il controllo interno, da costituirsi tra i membri del Consiglio di Sorveglianza, ove il numero di questi sia superiore a sei. Nel contempo le disposizioni hanno però vietato ad altri componenti, specificatamente al presidente del Consiglio di Sorveglianza munito di funzioni di alta amministrazione, di prendere parte alle adunanze. Tale divieto è ulteriormente confermato dal § 3, lett. g) del Documento, il quale dispone che il presidente del Consiglio di Sorveglianza non può far parte del comitato di controllo interno.

A tutela dei componenti del comitato per il controllo interno le disposizioni della Banca d'Italia prevedono che in caso di revoca, o sostituzione degli stessi, da parte del Consiglio di Sorveglianza vi sia un provvedimento debitamente motivato⁹⁵.

In generale, come già precedentemente sottolineato, dalla disposizione di vigilanza si può notare l'importanza che la Banca d'Italia dà alla creazione, all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica (sia esso il consiglio di gestione o il Consiglio di Sorveglianza), di comitati specializzati di supporto nelle materie dove è maggiore il rischio di conflitti di interesse, i cui compiti e poteri siano chiaramente

⁹⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pag. 11, lett. k), e nota n. 18.

definiti e che siano composti da un numero di membri (in parte indipendenti) sufficiente ai compiti affidati.

L'autorità di vigilanza, conclude con un'ultima raccomandazione finalizzata ad assicurare la coerenza dell'assetto di governo societario: le attività del comitato interno devono essere "adeguatamente" formalizzate e le competenze e la composizione del comitato devono riflettere quelle dell'organo di sorveglianza, al fine di non comportare sovrapposizioni di responsabilità.

Quindi almeno nelle banche il comitato interno risulta un organo necessario. Ciò indurrebbe ad equiparare il comitato in esame a quelli necessariamente previsti da altre disposizioni normative. Si pensi, ad esempio, al comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico; ma questi comitati sono dotati di funzioni decisorie proprie, che invece, sono da escludere per il comitato interno. Infatti le stesse disposizioni di vigilanza prevedono la possibilità di attribuire per via statutaria le funzioni istruttorie, propositive nonché consultive, ma non anche quelle decisorie.

In virtù dell'eccezionalità in cui operano le Disposizioni di Vigilanza e alla luce della Raccomandazione della Commissione Europea⁹⁶ si può affermare che, i Consigli di Sorveglianza, a composizione superiore a sei, mantengono piena autonomia nell'assegnare al comitato per il controllo interno altri compiti e poteri tra quelli allocabili in questo comitato. Per gli altri aspetti dell'organizzazione del lavoro del comitato per il controllo interno (ad esempio, la frequenza delle riunioni), nonché nella scelta di

⁹⁶ RACCOMANDAZIONE CE del 15 Febbraio 2005, *"Sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del Consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del Consiglio d'amministrazione o di sorveglianza"*.

creare altri comitati, il Consiglio di Sorveglianza conserva piena autonomia.

Come già anticipato, non è pensabile una ripartizione tra *plenum* e comitato per il controllo interno della titolarità della funzione di alta amministrazione o supervisione strategica e di quella di controllo. Di conseguenza non è nemmeno immaginabile per la sola funzione di controllo una delega decisoria piena al comitato, anche conservando al Consiglio nella sua interezza una competenza originaria concorrente. A dimostrazione di ciò, possono anche essere richiamati l'ordinamento tedesco e quello comunitario che prevedono la possibilità di delegare al massimo singoli poteri decisori del *plenum*, ma non ammettono né una delega generale delle funzioni dell'organo né una deresponsabilizzazione del Consiglio rispetto all'esercizio di quelle funzioni di cui resta unico ed esclusivo titolare. Si deve infatti tenere presente che, nel sistema dualistico, l'eventuale separazione dell'esercizio dei poteri non si traduce in una separazione della titolarità delle funzioni generali di controllo e di supervisione strategica. Anche perché, come già sottolineato, l'eventuale funzione di supervisione strategica è strumentale alla essenziale e principale funzione del Consiglio di Sorveglianza. La vigilanza sulla gestione e quindi una delega *tout court* al comitato per il controllo interno andrebbero a ledere la funzionalità dell'organo di vigilanza.

Sempre con riferimento al tema dei comitati, merita un cenno, seppur breve, il delicato discorso della possibile graduazione delle responsabilità dei consiglieri in virtù della loro partecipazione ai comitati interni, soprattutto nel caso di istituzione di una pluralità di comitati. Non va infatti dimenticato che la possibilità di diversificare le responsabilità in

ragione della attribuzione di funzioni (anche se solo “in concreto”) è stata una delle principali e più significative novità introdotte dalla riforma delle società. Il nodo normativo da sciogliere riguardo l’eventuale graduazione delle responsabilità è l’art. 2392, c.1 c.c., ultima parte, che deroga alle responsabilità solidale degli amministratori per l’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto nell’ipotesi in cui si tratti di funzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni attribuite in concreto ad uno o più amministratori.

Nel sistema dualistico tale deroga trova applicazione quindi, può e deve essere applicata con riferimento al consiglio di gestione e non al Consiglio di Sorveglianza (come da esplicito richiamo dell’art. 2409-*undecies*, c. 1, c.c.), la cui responsabilità deve pertanto essere intesa come collegiale tra tutti i suoi componenti⁹⁷.

Da più parti si è evidenziato il rischio che un comitato per il controllo interno molto forte, che accentri in sé diverse funzioni e poteri, possa essere considerato un organo al pari degli altri due⁹⁸. In tal modo si trasformerebbe il sistema da duale a triale. Ciò potrebbe accadere quando al comitato per il controllo interno viene concessa un’ampia delega, coincidente con tutta l’area di operatività dell’organo di controllo tradizionale (i.e. Consiglio di Sorveglianza).

In conclusione bisogna ammettere che, comparando quanto previsto dal codice di autodisciplina sul comitato per il controllo interno con gli

⁹⁷ Per l’equiparazione CdA = CdG e collegio sindacale = CdS si veda il cap. I.

⁹⁸ Si vedano, *ex multis*: P. MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, p. 163; C. MARCHETTI, *Composizione e nomina*, cit., p. 319; C. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 404.

statuti, e questi con le Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione o governo societario delle banche, nonché con le disposizioni del comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, vi è un certo senso di disorientamento⁹⁹.

⁹⁹ Disorientamento avvertito anche da P. MARCHETTI, *op. cit.*, p. 162.

CAPITOLO TERZO

LE FUNZIONI DI CONTROLLO DEL CONSIGLIO DI SORVEGLIANZA

1. Gli atti di ispezione e di controllo

Il sistema dei controlli nel sistema dualistico può, o meglio potrebbe dispiegarsi anche con maggior chiarezza ed efficacia rispetto al sistema tradizionale.

Ma cosa deve essere inteso per “controllo”? Escluso il controllo contabile, affidato, come nel sistema tradizionale, ad una società terza, non si possono, di certo, indicare, con tale termine, le funzioni del collegio sindacale previste dagli artt. 2403, 2403 *bis*, c. 1, c.c.¹⁰⁰. Nell’ambito di una più generale ma penetrante, attività di vigilanza propria del Consiglio di Sorveglianza, esso deve vigilare sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo e contabile dell’impresa, sia in principio che nella sua concreta attuazione. Deve, infatti, vigilare sull’osservanza della legge e dello statuto in quanto una funzione di controllo è sempre necessaria nell’esercizio dell’impresa; per tale motivo il Consiglio di Sorveglianza può (in alcuni casi, deve) creare, al proprio interno, dei comitati per assicurare una efficiente funzione di controllo.

Quanto fin qui affermato va rivisto alla luce della disciplina settoriale. Infatti nonostante per gli atti di ispezione e di controllo non vi

¹⁰⁰ L’art. 2409 *quaterdecies* c.c., nell’elencare tassativamente gli articoli ai quali si fa rinvio per la disciplina non esplicitamente prevista negli artt. 2409 *octies* c.c. – 2409 *quinquiesdecies* c.c. non ha indicato anche gli artt. 2403 c.c. ne l’art. 2403 *bis*, c. 1.

sia stata una equiparazione espressa con il collegio sindacale, i consiglieri di sorveglianza hanno comunque la possibilità di chiedere notizie al consiglio di gestione sull'andamento delle operazioni o su specifici affari, anche riguardo alle società controllate. Più dettagliatamente il T.U.F. (art. 151-*bis*) prevede la facoltà per i consiglieri di sorveglianza della capogruppo di avere un contatto diretto con gli organi della controllante, a prescindere da sistema di *corporate governance* adottato.

Inoltre i componenti del Consiglio di Sorveglianza, anche individualmente, possono chiedere la convocazione dell'organo, indicando gli argomenti da trattare, fra i quali può ovviamente essere incluso il compimento di atti di ispezione e controllo, nonché la convocazione del consiglio di gestione. È dubbio, in dottrina, se tali atti, al pari della convocazione dell'organo, possano essere compiuti anche individualmente dai singoli consiglieri. Infatti tale potere è previsto dall'art. 2403*bis*, c.1, c.c. per i sindaci che in qualsiasi momento possono procedere ad atti di ispezione e di controllo.

Nell'art. 2409*quaterdecies*¹⁰¹ c. 1, c.c., che richiama espressamente e singolarmente le norme del collegio sindacale applicabili al Consiglio di Sorveglianza, non vi è però il richiamo al succitato 2403*bis*. Tale (voluta?) omissione non sembra possa essere giustificata e superata dal generale rinvio previsto nelle disposizioni di attuazione all'art. 223-*septies*¹⁰². Ciò come già ribadito, non esclude la possibilità per lo statuto di attribuire ai

¹⁰¹ “Al Consiglio di sorveglianza ed ai suoi componenti si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 2388, 2400, terzo e quarto comma, 2402, 2403*bis*, secondo e terzo comma, 2404, primo, terzo e quarto comma, 2406, 2408 e 2409*septies*”.

¹⁰² Cfr. A. GUACCERO, *Commento, op. cit.*, pp. 868 ss.; M. PORZIO, *op. cit.*, p. 172.

singoli membri del Consiglio di Sorveglianza poteri ispettivi¹⁰³. In tal caso potrebbe sorgere il dubbio se il singolo abbia obblighi di comunicazione all'autorità competente o debba limitarsi a comunicare al Consiglio di Sorveglianza i risultati delle sue ispezioni; problema che in realtà riguarda anche i comitati interni. Ragionevole e ampiamente diffusa in dottrina è la tesi che ritiene che l'eventuali irregolarità riscontrate dal singolo (o dal comitato per il controllo interno) debbano essere sottoposte al Consiglio di Sorveglianza nella sua interezza. Sarà quindi l'organo in seduta collegiale ad inviare, eventualmente, la comunicazione assumendosene la responsabilità.

Secondo le disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia, in conformità con quanto stabilito dall'art. 52 del TUB, lo statuto delle banche che adotta il modello dualistico deve prevedere la possibilità per il Consiglio di Sorveglianza di procedere in qualsiasi momento ad atti di ispezione o controllo¹⁰⁴. Tali atti devono essere esercitati in modo tale da garantire l'efficiente svolgimento dell'operatività della banca; in

¹⁰³ Questo problema per le banche quotate è stato risolto dal T.U.F. (art. 150.3) nell'ambito di una disciplina molto analitica del controllo interno.

¹⁰⁴ Questo esplicito richiamo all'art. 52 del TUB, ha generato non pochi dubbi in dottrina. Il nodo è se questo articolo possa giustificare un così penetrante intervento dell'autorità di vigilanza sull'autonomia statutaria. Alla luce però anche dell'art. 53, c. 1, lett. d), che riconosce alla Banca di Italia il potere regolamentare in merito all'organizzazione amministrativa e contabile ed ai controlli interni, nonché dell'art. 56 che riconosce alla Banca d'Italia il potere di accertare che le modifiche agli statuti delle banche non contrastino con la sana e prudente gestione, la dottrina maggioritaria, data l'ampiezza e la genericità delle norme ritiene legittimo l'intervento dell'autorità di vigilanza. Si veda: R. COSTI e F. VELLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*, a cura di M. CERA e G. PRESTI, in AGE, vol. II, 2007, p. 486.

particolare l'autorità di vigilanza ritiene che, nel caso in cui il numero dei componenti del Consiglio di Sorveglianza sia superiore a sei, l'efficiente svolgimento dell'attività bancaria debba essere garantita con la previsione statutaria di un comitato per il controllo interno dotato di poteri ispettivi (ved. Cap. II par. 3). È stato però sottolineato dalla stessa Banca di Italia che la previsione obbligatoria del comitato interno è una modalità organizzativa attraverso la quale si tende ad “accrescere l'efficacia” della funzione di controllo, la cui responsabilità resta attribuita al Consiglio di Sorveglianza quale organo collegiale¹⁰⁵. Infatti tale previsione non esclude il potere in capo al Consiglio di Sorveglianza di decidere lo svolgimento di atti di ispezione da parte del comitato.

La riduzione dell'autonomia statutaria, soprattutto nella parte in cui si prevede l'obbligo di delegare il compito di assistere alle adunanze del consiglio di gestione ai soli componenti del comitato per il controllo interno, è (o potrebbe apparire) in contrasto con la disciplina codicistica che assegna, invece, tale facoltà a tutti i componenti del Consiglio di Sorveglianza¹⁰⁶. Come si è potuto notare, infatti, le scelte del Documento della Banca d'Italia non sempre sono state conformi alla disciplina codicistica, in particolare quando prevedono dettagliatamente le modalità di assunzione di informazioni, soprattutto da parte degli organi di controllo nei confronti degli organi gestori.

La scelta di fondo della Banca d'Italia è stata quella di dettare “*linee applicative anche speciali rispetto alle previsioni civilistiche*”, per quanto

¹⁰⁵ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pag. 10, nota 17.

¹⁰⁶ In dottrina vi è chi è favorevole a questa limitazione, si veda G. SCASSELLATI-SFORZOLINI e M. SPADA, *op. cit.*, pp. 358 ss.

attiene agli aspetti rilevanti le finalità di vigilanza, con lo scopo di delimitare le diverse funzioni che possono essere esercitate da uno stesso organo, tipico del Consiglio di Sorveglianza. La *ratio* della disposizione è stata quindi, quella di assicurare una netta distinzione tra la supervisione strategica riservata al Consiglio di Sorveglianza e la gestione riservata al consiglio di gestione, tutelando così, l'imparzialità e l'efficienza dei controlli esercitati dal Consiglio di Sorveglianza.

Riguardo le funzioni di controllo, maggioritaria in dottrina è la tesi che al Consiglio di Sorveglianza sia consentito un controllo di merito sugli atti di amministrazione che invece sarebbe precluso al collegio sindacale, in quanto il Consiglio di Sorveglianza ha, tra l'altro, il potere di revocare i membri del Consiglio di gestione¹⁰⁷. Vi è però, chi, contrariamente, sostiene che l'ampliamento dei poteri sanzionatori in capo al Consiglio di Sorveglianza, rispetto al collegio sindacale, non significa ampliare, di conseguenza, i poteri e le funzioni di controllo.

Anche se non si tratta di un atto di ispezione né di controllo, un breve cenno merita l'approvazione del bilancio e il relativo riparto di competenza, che è inderogabilmente rimessa al Consiglio di Sorveglianza (art. 2409^{terdecies}, c. 1, lett. b, c.c.). È però fatta salva la possibilità per gli statuti di prevedere, esercitando l'opzione di cui all'art. 2409 *terdecies* c.2, c.c., che il bilancio sia approvato dall'assemblea dei soci in caso di mancata approvazione da parte del Consiglio di Sorveglianza ovvero

¹⁰⁷ A favore della tesi maggioritaria si vedano, *ex multis*: L. SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle s.p.a. nei diversi sistemi di Governance*, in *Riv. di Dir. Civile*, 2011, I, pp. 57 ss., e P. ABBADESSA, *op. cit.*. Per la tesi contraria si veda M. PORZIO, *op. cit.*, p. 172.

qualora lo richieda almeno un terzo dei componenti del consiglio di gestione o Consiglio di Sorveglianza. Benché questa sia una facoltà, in quanto rimessa ad espressa scelta statutaria, si tratta in realtà di una previsione necessaria (a testimonianza si vedano gli statuti delle banche) al fine di garantire che la procedura di approvazione di uno degli atti tra i più importanti per la società, non subisca *impasse* procedurali.

Con riguardo più agli atti di controllo che a quelli di ispezione, non si può sottacere la questione della partecipazione dei consiglieri di sorveglianza alle riunioni del consiglio di gestione.

Non sembra giustificata, né giustificabile, l'assenza a livello legislativo (o l'esplicito rinvio) di una norma che preveda il dovere dei membri dell'organo di vigilanza di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione, con la relativa sanzione della decadenza, così come invece è previsto dall'art. 2405 cod. civ. nonché dall'art. 149, c. 2, T.U.F. Che l'adozione, per via statutaria, di una clausola che preveda la decadenza della carica di consigliere nel caso di assenza alle adunanze del consiglio di gestione sia utile dal punto di vista dell'efficienza dei meccanismi di *corporate governance* sembra alquanto dubbia. Inoltre la presenza incondizionata di tutti i componenti del Consiglio di Sorveglianza potrebbe facilmente coinvolgere l'organo di controllo nella gestione della società, realizzando, in tal modo, il rischio di una non chiara distinzione di ruoli e responsabilità¹⁰⁸.

Da un confronto con l'ordinamento tedesco si nota che non c'è alcuna disposizione sulla presenza dei componenti dell'*Aufsichtsrat* alle

¹⁰⁸ Non va dimenticato che una partecipazione in massa stridrebbe anche con il principio di esclusività della gestione dell'organo amministrativo, si veda l' art. 2409 *novies*, c.c.

riunioni del *Vorstand*. La partecipazione in oggetto sarebbe contraria alla necessaria e fondamentale distinzione di funzioni tra *Aufsichtsrat* e *Vorstand* e, conseguentemente, all'indipendenza dell'organo amministrativo. Perciò si può escludere che l'organo di vigilanza abbia il potere-dovere di essere presente alle riunioni del *Vorstand*. In questo modo la dottrina tedesca è arrivata ad affermare che deve essere considerata illegittima la clausola statutaria che preveda, in capo al Consiglio di Sorveglianza, il potere di essere presente alle riunioni del consiglio di gestione¹⁰⁹. L'esperienza tedesca mostra come non sia vista di buon occhio una presenza generalizzata e costante dell'organo di controllo alle adunanze del consiglio di gestione.

Da una ulteriore comparazione con l'*Aufsichtsrat* in merito alla partecipazione del presidente del Consiglio di Sorveglianza, con o senza funzione di alta amministrazione¹¹⁰, alle riunioni dei consigli di gestione di banche e non, si nota che rigida chiusura sembra né opportuna né premiante. Ad esempio, il divieto assoluto per il presidente del Consiglio di Sorveglianza, titolare di funzione di supervisione strategica, di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione con all'ordine del giorno argomenti pertinenti alla c.d. alta amministrazione, va a ledere la competenza principale del presidente del Consiglio di Sorveglianza, che

¹⁰⁹ Si veda (in lingua tedesca) il pensiero autorevole di J. SEMLER, §111 *Aufgaben und Rechte*, cit., pp. 973 ss; H. HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 7. Auflage, Köln, 2012

¹¹⁰ Vi potrebbero essere, in realtà, delle leggere differenze tra Consiglio di sorveglianza con o senza funzione di alta amministrazione che riguarderebbe l'autonomia e l'indipendenza dei gestori. Di base però si può affermare che, la necessità di indipendenza da condizionamenti e pressioni indebite della funzione gestoria, unica e unitaria rispetto alle funzioni di controllo e di alta amministrazione.

svolge principalmente un ruolo di coordinamento e raccordo con il consiglio di gestione¹¹¹.

Posto che i membri dell'organo di vigilanza non sono legittimati a un'ingerenza tale da determinare una commistione dei ruoli di amministrazione e controllo, va comunque tutelato l'esercizio di un'attività preventiva di fronte ad eventuali irregolarità le cui conseguenze potrebbero essere irreparabili se rilevate a posteriori. Sembra quindi corretto ritenere che i consiglieri di sorveglianza nell'esercizio del proprio dovere di controllo sull'operato degli amministratori possano intervenire nelle riunioni dei gestori per esprimere il loro dissenso su determinate condotte di questi contrarie alla legge, allo statuto o non corrispondenti ai principi di corretta amministrazione.

I consiglieri però non potranno esprimere un giudizio di merito su quanto discusso dagli amministratori; ciò vale, anche nel caso in cui si

¹¹¹ Qualcuno, in dottrina ha proposto una “*scala crescente di intensità*” fra assistere e partecipare. Chi partecipa può intervenire, mentre chi assiste non può che prendere atto di quanto emerge dalla riunione, per poi, in altra sede, esprimere le proprie valutazioni; in tal modo si sarebbe potuta concedere al presidente del Consiglio di sorveglianza la mera partecipazione alle riunioni del Consiglio di gestione. Cfr. G. SCASSELLATI-SFORZOLINI e M. SPADA, *op. cit.*, pp. 360-363.; non si può però fare derivare l'origine di tale differenza dal combinato disposto degli artt. 2409 terdecies, c. 4, c.c. e art. 149, c. 4 bis. Per questo resta una teoria non condivisa dalla maggior parte della dottrina.

Per queste ragioni si auspica, da più parti, che la questione della partecipazione del presidente del Consiglio di sorveglianza alle riunioni del Consiglio di gestione vada reimpostata e rivista, tutelando l'indipendente esercizio delle funzioni di Consiglio di gestione e di Consiglio di sorveglianza ma anche rendendola funzionale al mantenimento di un efficace dialogo tra Consiglio di gestione e Consiglio di sorveglianza anche, e soprattutto nelle fasi precedenti alla presentazione dei piani predisposti e delle operazioni strategiche sulle quale il Consiglio di sorveglianza dovrà deliberare.

discuta di operazioni strategiche o piani industriali e finanziari, e il Consiglio di Sorveglianza abbia, per statuto, il potere di deliberare¹¹².

2. (in)utilità della lettera f-bis) dell'articolo 2409terdecies comma 1 c. c.

Il carattere innovativo dell'introduzione della lett. f-bis) nel tessuto normativo del Consiglio di Sorveglianza avrebbe dovuto indurre il legislatore a risolvere una serie di problemi regolamentari non prevedibili al momento della riforma, rimasti invece ancora aperti.

Per comprendere appieno il valore della lett. f-bis), il motivo per il quale la stessa non è ben vista dalla Consob, dall'Autorità garante della Concorrenze e del mercato, nonché dall'ex Governatore della Banca di Italia Draghi, è utile preliminarmente e brevemente accennare alla genesi della lettera in esame, aggiunta all'art. 2409 *terdecies*, c. 1 con il d.lgs. 37/2004¹¹³. Questo decreto è stato il primo intervento correttivo alla

¹¹² Cfr. G. SCASSELLATI-SFORZOLINI e M. SPADA, *op. cit.*, pp. 361-362.

¹¹³ Per i timori della Consob si veda: CONSOB, *Relazione per l'anno 2006 – Discorso del Presidente*, cit., pp. 18-19. Per quelli dell'Autorità Garante si veda: AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Audizione del Presidente*, cit., pp. 3 ss. Per quanto riguarda la posizione della Banca d'Italia si vedano prima le dichiarazioni del Governatore, BANCA D'ITALIA, *Crescita e stabilità nell'economia e nei mercati finanziari (Intervento del Governatore della Banca di Italia Mario Draghi al 13° congresso annuale Aiaf-Assiom-Atic forex*, Torino, 3 febbraio 2007, p. 14; per poi fare un passo indietro a distanza di quattro mesi, "Le banche che risultano da processi di aggregazione si sono date in molti casi nuove forme di

novella del 2003. Il d.lgs. 37/2004 attribuiva ai soli “piani” il verbo “deliberare”, successivamente esteso, dal d.lgs. n. 310/2004, anche alle “operazioni” strategiche, nonostante l’evidente diversità di oggetti rendeva opportuna una specificazione delle corrispondenti competenze deliberative del Consiglio di Sorveglianza. Il risultato di questo susseguirsi di interventi correttivi è stato una formulazione legislativa sicuramente poco comprensibile che paradossalmente sembra riprodurre l’art. 2364, n. 4¹¹⁴, che è stato modificato proprio dallo stesso d.lgs. 310/2004.

Sono così aumentati i dubbi sull’esatta ripartizione di competenze gestorie tra organo amministrativo e assembleare, con l’aggravante (estranea al vecchio n.4 dell’art. 2364) di dover anche distinguere, nell’ambito delle operazioni gestorie, quelle strategiche e quelle non strategiche, essendo solo le prime suscettibili di essere sottoposte alla competenza deliberativa del Consiglio di Sorveglianza. Sono sembrati, perciò, necessari correttivi per via statutaria per le società che intendevano avvalersi della clausola di cui alla lett. f-bis) al fine di evitare che un eccessivo coinvolgimento del Consiglio di Sorveglianza, anche nella pianificazione e nelle strategie, trasformasse questo organo in un “superorgano” di conduzione degli affari (c.d.

governance societaria, adottando il sistema duale; utilizzano la holding operativa come strumento di coordinamento dei nuovi gruppi. Il modello duale è efficace se attuato assicurando una chiara ripartizione della responsabilità tra gli organi societari. Sovrapposizioni di competenze ostacolano l’efficienza del processo decisionale, sono viste dagli azionisti come fonte di distruzione di valore; la chiarezza delle linee di responsabilità è anche presidio di stabilità”, BANCA D’ITALIA, *Considerazioni finali del Governatore (Assemblea ordinaria dei partecipanti)*, Roma, 31 maggio, 2007, p. 17.

¹¹⁴ Testualmente, per la parte che qui interessa: “L’assemblea ordinaria [...] delibera sugli altri oggetti attinenti alla gestione della società riservati alla sua competenza dall’atto costitutivo”.

Supergeschäftsführungsorgan)¹¹⁵ inidoneo a controllare una gestione della quale diverrebbe, paradossalmente, il principale centro decisionale. Precisamente non sembra deducibile dall'articolo in questione un potere decisionale in capo al Consiglio di Sorveglianza, come potere di mera approvazione riguardo ai piani, e potere di autorizzazione riguardo alle operazioni, escludendo così l'esistenza di un potere di istruzione vincolante nei confronti del consiglio di gestione¹¹⁶.

Lungo questa linea si è mossa la Consob, per segnalare la disomogenea applicazione della previsione di cui alla lett. f-bis) nella prassi statutaria, dalla quale emerge una tendenza ad attribuire poteri deliberanti piuttosto ampi al Consiglio di Sorveglianza riguardo alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari, “*nozioni cui spesso è stata data una definizione particolarmente estesa*”¹¹⁷.

Nonostante la previsione puramente eventuale dell'art. 2409-terdecies c. 1, lett. f-bis), il legislatore, nella legislazione successiva al d.lgs. 310/04, ha sempre considerato tale facoltà non come mera possibilità ma come certezza, cioè come norma presente in tutti gli statuti.

¹¹⁵ Per un esame comparatistico con la Germania, dal quale emerge l'impossibilità che l'*Aufsichtsrat* si ponga in posizione di preminenza rispetto al *Vorstand*, si veda, G. B. PORTALE, *La società quotata*, cit., p. 7.

¹¹⁶ Inoltre vi è chi esclude il trasferimento al Consiglio di sorveglianza del potere di elaborare i piani e di compiere le operazioni, nonostante la scelta di punteggiatura del legislatore sembri riferire l'inciso “predisposti dal Consiglio di gestione” ai soli piani, cfr. V. CARIELLO, *Il sistema dualistico*, cit., pp. 66-67. È però possibile che il Consiglio di sorveglianza, nel respingere i piani o nel non autorizzare operazioni strategiche, motivi le ragioni della deliberazione negativa.

¹¹⁷ Così, CONSOB, *Relazione per l'anno 2006*, cit., p. 19. Da questa tendenza deriverebbe, inoltre, una distinzione non sempre chiara tra funzioni gestorie e di controllo.

A mero titolo di esempio, il d.lgs. 229/07, concernente le pubbliche offerte di acquisto, attribuisce al Consiglio di Sorveglianza compiti e responsabilità che non sarebbero pertinenti in caso di mancata previsione statutaria della lettera *f-bis*) dell'articolo in discussione. In particolare, vi è un obbligo imposto, oltre che al consiglio di gestione anche al Consiglio di Sorveglianza di diffondere un comunicato contenente ogni dato utile per l'apprezzamento dell'offerta e la propria valutazione della medesima (art. 103 c. 3, T.U.B.), nonché un'analisi degli effetti che l'eventuale successo dell'offerta avrebbe sugli interessi dell'impresa (art. 103 c. 3-*bis*, T.U.B.)¹¹⁸. Come si può facilmente intuire, il legislatore ha dato per ovvio un potere di cogestione in capo al Consiglio di Sorveglianza che invece dovrebbe essere meramente eventuale.

Un ulteriore esempio, ancor più paradossale, è quanto previsto dalle Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia che, benché consapevole¹¹⁹ delle diverse articolazioni che possono assumere i due organi del sistema dualistico, fa sempre e solo riferimento, regolandolo, al caso in cui sia previsto un Consiglio di Sorveglianza "forte"¹²⁰.

¹¹⁸ Stesso discorso può essere fatto per la previsione dell'art. 140, c. 1, TUF, come modificato dal d.lgs. 229/07.

¹¹⁹ Si veda il BANCA D'ITALIA, *Comunicato stampa 4 Marzo 2008, - Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, 2008, p. 1.; BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pp. 2-3.

¹²⁰ Dapprima si veda il *Comunicato stampa 4 Marzo 2008*, BANCA D'ITALIA *Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, 2008, p. 1., nonché BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza*, cit., pp. 2-3. Successivamente si vedano nello stesso documento le pagg. 9-10; inoltre cfr. chi ha sottolineato questo paradosso, G. MOLLO, *La funzione di "alta amministrazione" del Consiglio di sorveglianza tra codice civile e disposizioni della vigilanza bancaria*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pp. 160-161.

Da un'osservazione meramente statistica su un campione limitato di statuti di società bancarie e finanziarie, si nota che tutte si sono avvalse, anche se con una diversa gradazione, dell'opzione di attribuire al Consiglio di Sorveglianza i poteri di cui alla lett. f-bis), c.1 dell'art. 2409^{terdecies}, c.c. È quindi evidente la rinuncia a una versione minimale del Consiglio di Sorveglianza come semplice presidio sugli indirizzi di governo della società e la volontà, al contrario, di estendere nella misura più ampia possibile l'incidenza del Consiglio sui profili gestori. Sintomatica di questa impostazione è la possibilità attribuita al Consiglio di definire anche i confini delle operazioni strategiche che successivamente gli saranno sottoposte. Tali previsioni statutarie hanno avvicinato il modello dualistico italiano all'omologo tedesco, benché con quest'ultimo resti una differenza sostanziale, essendo il coinvolgimento del Consiglio di Sorveglianza legalmente contemplato.

Il Consiglio di Sorveglianza, così come previsto dagli statuti solitamente esaminati dalla dottrina, non è più configurabile come quell'organo "appiattito" al collegio sindacale, che tante preoccupazioni aveva sollevato in dottrina, essendo stato concepito come brutta copia del collegio sindacale, in quanto caratterizzato da una ridotta indipendenza, essendo espressione del solo gruppo di controllo¹²¹.

Come emerso nelle pagine precedenti l'eventuale funzione strategica assume un ruolo centrale nella costruzione del modello. Tuttavia la norma

¹²¹ Si vedano, *ex multis*, C. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 402; M. WEIGMANN, *op. cit.*, pp. 254 ss.; R. COSTI e F. VELLA, *op. cit.*, p. 485; L. SCHIUMA, che escludendo qualsiasi forma di uguaglianza lo definisce come alternativo al collegio sindacale, *Il sistema dualistico*, cit., p. 692 ss.

solleva una serie di dubbi interpretativi (alcuni già analizzati). Tuttavia un punto è chiaro e non necessita di un ulteriore sforzo: oltre all'obbligatoria previsione statutaria, i piani devono essere predisposti esclusivamente dal consiglio di gestione in capo al quale resta la responsabilità per gli atti compiuti. I dubbi che l'applicazione di un Consiglio di Sorveglianza "forte" fa nascere, come visto, non sono marginali.

Un primo problema interpretativo consiste nel decidere se la responsabilità dei consiglieri di gestione per gli atti compiuti escluda ogni forma di responsabilità dei consiglieri di sorveglianza. In via di prima approssimazione, la soluzione a tale problema potrebbe essere positiva se si prendesse in considerazione l'identità letterale tra la formulazione dell'art. 2409*terdecies* c.1, lett. f-*bis*) e l'art. 2364, c. 1, n. 5, dettato in tema di autorizzazioni assembleari¹²². Ad una più attenta analisi, non si vedono problemi ad applicare la previsione dell'art. 2409*terdecies*, c.3, che non esclude la responsabilità degli amministratori per omessa vigilanza su fatti od omissioni dannosi. In tal modo si avrebbe quindi responsabilità in capo ai consiglieri sorveglianti anche in assenza di un Consiglio di Sorveglianza dotato della funzione di alta amministrazione.

Un secondo dubbio, di cui però si è già ampiamente discusso (che sorge in caso di Consiglio di Sorveglianza "forte") è la qualificazione giuridica delle deliberazioni del Consiglio di Sorveglianza in materia gestoria. Bisogna qui rimarcare che, la decisione dell'organo di sorveglianza, che può essere temperata dal potere-dovere di

¹²² Per la parte che qui interessa: "Nelle società prive di Consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria [...] delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, [...] ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti".

disapplicazione del consiglio di gestione, non si contrappone, sotto il profilo degli effetti, all'autorizzazione: il consiglio di gestione è pur sempre giudice sulla scelta finale dell'attuazione o non della decisione, sia che esso sia chiamato da una decisione del Consiglio di Sorveglianza, con potere-dovere di valutazione (con eventuale e conseguente disapplicazione), sia che esso sia autorizzato a scegliere se compiere o meno l'atto.

Tuttavia, siamo davvero sicuri che gli amministratori siano poi così liberi di decidere sull'applicazione o meno della decisione del Consiglio di Sorveglianza?

L'ingerenza che di fatto il Consiglio di Sorveglianza finisce per esercitare sul consiglio di gestione, considerato il potere del primo di determinare la composizione personale del secondo, rende indipendente l'influenza sulla gestione medesima, trasformando il controllo di cui all'art. 2403 c.c. in un vero e proprio controllo di merito sull'operato degli amministratori. Ma un controllo di merito, affidato ad un ufficio espressione del solo gruppo di controllo, quale risulta in Italia il Consiglio di Sorveglianza (almeno nelle società non quotate), non è detto che conduca ad un controllo sull'amministrazione più indipendente di quello tradizionalmente svolto dal collegio sindacale. Anzi il problema della mancata indipendenza dei controllori dall'assemblea può condizionare attualmente il consiglio di gestione.

L'indipendenza dei consiglieri di sorveglianza risulta in tal modo attenuata rispetto agli omologhi tedeschi. Anche se, nonostante il diritto tedesco non preveda affatto la revocabilità *ad nutum* da parte

dell'assemblea dei componenti dell'organo di Sorveglianza, il problema della “dipendenza personale” si pone da tempo anche in Germania¹²³.

La possibilità data dall'articolo in esame, insieme alla lacunosità della disciplina, che, come si è già precedentemente scritto, è frutto di rinvii, non sempre chiari, alla disciplina del sistema tradizionale, offre cospicui spazi all'autonomia statutaria ed è per questo che non è possibile un giudizio astratto sull'utilità o sull'inutilità della previsione della lett. *f-bis*), art. 2409-terdecies, c.1, c.c., perché occorre verificare la scelte funzionali compiute dagli statuti.

La disciplina dell'art. 2409 *terdecies*, c. 1. lett. *f-bis*), c.c., pur eventuale, ha un indubbio valore sistematico centrale. Infatti, le “operazioni strategiche” ed i “piani industriali e finanziari” nel sistema tradizionale non hanno alcuna specifica rilevanza giuridica, in quanto fanno parte della generica “amministrazione” propria del collegio sindacale; nel sistema dualistico, invece, hanno una rilevanza non solo giuridica ma anche strategica.

Alla luce di quanto fin qui elaborato, va rilevato che, indipendentemente dalla previsione statutaria, il Consiglio di Sorveglianza può esercitare quelle attività che nel sistema classico il consiglio di amministrazione svolge sull'operato degli organi delegati (art. 2381, c. 3, c.c.). Va precisato che non si è in presenza di delega anche perché l'“adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile” non rientra tra i compiti propri del Consiglio di Sorveglianza.

¹²³ Per la dottrina in lingua italiana che si occupa di tale problema si veda L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico*, cit., p. 708 e le note ivi presenti.

Bisogna però ricordare che il rapporto “fiduciario” che si instaura in virtù della disciplina di nomina e revoca, tra consiglieri di vigilanza e consiglieri di gestione dà al Consiglio di Sorveglianza un potere-dovere di indirizzo e di vigilanza contenente dei profili di controllo in senso tecnico-giuridico, da intendersi però come attività molto incisiva, potendo il Consiglio di Sorveglianza intervenire indicando principi e regole (non limitandosi al mero controllo).

Alla luce di quanto fin qui affermato restano diversi dubbi, primo tra tutti quello sull'utilità del Consiglio di Sorveglianza come diaframma necessario, ma insincero (perché espressione del controllo), tra amministratore e assemblea, nonché sulla sua capacità di ridimensionare il ruolo dell'assemblea; dubbi confermati anche da chi si è proficuamente interessato della funzionalità dell'articolo in esame¹²⁴.

Nonostante ciò si può ammettere che anche in assenza della previsione statutaria sulla alta amministrazione, resta pur sempre un'influenza fortemente penetrante del Consiglio di Sorveglianza sul consiglio di gestione, riconducibile al potere del primo di nominare gli amministratori, di determinare il loro compenso, di agire in responsabilità, di denunciarli *ex art. 2409 c.c.* e, soprattutto, di revocarli anche senza giusta causa. Infatti, nel momento in cui il Consiglio di Sorveglianza non condividerà le scelte, benché legittime e corrette, del consiglio di gestione, è forte il rischio in capo a quest'ultimi d'essere revocati senza indugio, non essendo richiesta la giusta causa dalla lett. a) del c. 1, dell'art. 2409 *terdecies c.c.*

¹²⁴ Si veda, L. SCHIUMA, *Il sistema dualistico*, cit., pagg. 685 ss. (in particolare pag. 729).

CONCLUSIONI

Oggi non si può di certo dire concluso il periodo di consolidamento e sperimentazione della normativa oggetto di questo lavoro (si ricordi che la prima banca a modello dualistico, Intesa Sanpaolo, ha iniziato ad operare il 1° gennaio 2007), ma si possono trarre delle prime ed approssimative conclusioni anche alla luce ed in virtù di quanto esposto.

L'esperienza operativa ha mostrato, anche grazie all'ampio spazio lasciato libero dalla disciplina codicistica, una vasta varietà di soluzioni operative che manifestano la ricchezza delle articolazioni del modello. Nel solco della legge le società, bancarie e non, hanno optato per soluzioni operative e normative capaci di garantire flessibilità.

Alla luce della normativa e dei casi analizzati, sono emersi, in primo luogo i limiti del Consiglio di Sorveglianza e delle sue competenze, così come ad oggi disciplinate; in secondo luogo è emerso in modo abbastanza netto e chiaro la potenzialità positiva di un sistema capace di separare le funzioni di controllo (e vigilanza) dalle funzioni di gestione, ossia tra Consiglio di Sorveglianza e consiglio di gestione. In terzo luogo, in modo altrettanto chiaro, è emerso che, rispetto a quanto previsto negli statuti, per garantire un'effettiva applicazione delle modalità di *governance* duale, si devono ben definire e delimitare le responsabilità. Infatti in un dualistico "a pieno regime" l'assemblea dovrebbe svolgere una funzione meno attiva, rispetto alla tipica assemblea dei soci con potere di approvazione del bilancio e di indirizzo, ed assumere la funzione, altrettanto centrale, di esercizio del potere di nomina del Consiglio di Sorveglianza.

Considerando ancora una volta un modello dualistico applicato “a pieno regime”, la vera attività esecutiva, con poteri di gestione ordinaria e di definizione effettiva delle strategie operative, dovrebbe essere affidata (e svolta) solo al consiglio di gestione. A tal fine, quest’ultimo dovrebbe essere un organo snello ed efficace nell’attività operativa, specialmente quando si tratta di assumere delle decisioni. Perciò la sua struttura dovrebbe essere affidata a manager con distinte capacità operative, capaci di determinare le politiche aziendali definendone l’assetto organizzativo in modo indipendente dal Consiglio di Sorveglianza.

Solo un sistema dualistico così implementato sarebbe capace di garantire la nascita e il prosieguo di vere e proprie società quotate, nonché quella trasparenza di governo societario e quella responsabilità sociale ancora carenti nel nostro sistema. In questa direzione dovrebbe essere evitata qualunque commistione di ruoli tra proprietà (e controllo) e gestione, garantendo così la presenza degli eletti dagli azionisti nel Consiglio di Sorveglianza, ma con un mero ruolo di controllo.

Come infatti già accennato nell’introduzione, l’obiettivo del legislatore era quello di fornire un sistema di amministrazione capace di garantire un’ampia dissociazione tra proprietà e controllo; ma quanto fin qui scritto ha pienamente dimostrato che tale obiettivo non può essere considerato raggiunto. Di conseguenza, andrebbe, forse evitata la confusione di ruoli con la partecipazione di rappresentanti degli azionisti (i.e. consiglieri di sorveglianza) alle riunioni del consiglio di gestione che dovrebbe restare solo sede di incontro del management dell’impresa.

Una simile impostazione, basandosi anche su una corretta definizione e separazione di ruoli tra principale e agente, riuscirebbe anche a garantire

la nascita di un modello economicamente efficiente per il mercato. Da un lato, chi ha le informazioni ed assume decisioni strategiche (i.e. l'agente) deve avere i corretti incentivi ad agire, sapendo che esistono anche adeguati disincentivi a condotte non condivisibili dalla società; dall'altro, deve essere attribuito, in modo chiaro e preciso, il potere di controllo *ex post* in capo a coloro (i.e. il principale) che non hanno potere di azione, non hanno informazioni complete ma sono, però, direttamente interessati, come azionisti o in qualità di rappresentanti degli azionisti, al raggiungimento degli obiettivi aziendali¹²⁵.

Nell'elaborato, si è dimostrato quanto sia fondamentale la certezza e l'individuazione delle funzioni di ogni organo. La realtà, percepita dalla lettura degli statuti, ha evidenziato quanto l'attenzione sia stata posta più sugli equilibri interni di potere fra i due organi che non sulla migliore specificazione del funzionamento e delle competenze dei singoli organi. Sembra, infatti, che non sia stato percepito né il significato operativo delle due funzioni né la loro *ratio*, attribuendo così delle funzioni rivelatesi mere finzioni. Come dimostrato attraverso questo elaborato, l'autonomia statutaria è andata in una direzione alquanto inaspettata dal legislatore delegato.

Innegabilmente il carattere fortemente distintivo del modello dualistico (italiano e tedesco) rispetto agli altri modelli consiste soprattutto nell'importanza della condivisione dell'alta amministrazione

¹²⁵ Quelli che gli economisti definiscono come "Benefici privati di controllo (remunerativi ed espropriativi). Con un taglio esclusivamente economico si veda: M. BIANCHI, M. BIANCO, S. GIACOMELLI, A. M. PACCES, S. TRENTO, in *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, 2005, in particolare da p. 51 a p. 82.

da parte del Consiglio di Sorveglianza. Tale organo, potendo deliberare sulle operazioni strategiche e sui piani industriali e finanziari della società, può valutare l'opportunità, la convenienza e la redditività, di certe operazioni, trovandosi così nella condizione ideale per esercitare, in modo più efficiente, il controllo sulla correttezza della gestione. Anche se in misura più contenuta, quanto affermato dovrebbe valere nell'ipotesi in cui lo statuto non attribuisca al Consiglio di Sorveglianza l'alta amministrazione, considerato il pesante condizionamento, più volte sottolineato, che quest'ultimo può comunque esercitare quando nomina i componenti del consiglio di gestione, li revoca *ad nutum*, ne determina il compenso, ecc...

Per tutte queste ragioni, in conclusione, si può affermare che anche nei Consigli di Sorveglianza "deboli" c'è comunque l'attribuzione all'organo di una funzione di alta amministrazione. Infatti, anche se non vi è la previsione di quanto disposto dalla lett. f-bis), dell'art. 2409 *terdecies*, c. 1, né la predisposizione (che resta eventuale) di un *Katalog*, sembra difficilmente opinabile che il Consiglio di Sorveglianza non possa influenzare l'operato dell'organo di gestione.

Nell'elaborato diversi sono stati i riferimenti al sistema tedesco e soprattutto all'*Aufsichtsrat*, di cui si è dimostrato che il Consiglio di Sorveglianza ha solo il nome. Infatti le differenze tra i due organi di vigilanza, non sono molte, ma sono notevoli da un punto di vista qualitativo. Queste differenze, evidenziate più volte ed in più parti, possono riassumersi con un assunto: in Germania, l'*Aufsichtsrat*, in quanto luogo di incontro tra le ragioni del capitale e del lavoro, è innanzitutto organo dell'impresa, poi della società. In Italia, invece, il

Consiglio di Sorveglianza è concepito come un diaframma necessario ed insincero (in quanto espressione solo del controllo) tra soci e gestione. Il Consiglio di Sorveglianza ha infatti mostrato di essere, seguendo la tradizione italiana, un organo in cui l'incontro tra capitale e lavoro è totalmente assente.

Partendo da chi ha equiparato il Consiglio di Sorveglianza al collegio sindacale, passando poi alla configurazione di un organo di vigilanza non più duplicato del collegio sindacale, ma alternativo ad esso, si è arrivati a dimostrare che è completamente fuorviante affermare che al collegio sindacale sia sufficiente aggiungere le funzioni assembleari per avere il Consiglio di Sorveglianza. Possono infatti dirsi dissipati tutti i timori, di chi temeva in dottrina una equiparazione al collegio sindacale, tanto da averla definita deviante e pericolosa¹²⁶.

In una prospettiva di riforma si potrebbero formulare alcune proposte. Innanzitutto, di fondamentale importanza sarebbe ridurre al minimo i rinvii ed i richiami alla disciplina del sistema tradizionale, riformulando, tra gli altri, anche l'art. 2409*quaterdecies*, nonché gli artt. 148, c. 4, c. 4*bis* e 149, c. 4*bis* del T.U.F. Inoltre si potrebbe introdurre la competenza deliberativa del Consiglio di Sorveglianza in materia di gestione strategica, evitando in tal modo confusione di ruoli e di responsabilità; andrebbe però, comunque, lasciata la possibilità alle società di scegliere tra l'opzione che prevede il Consiglio di Sorveglianza c.d. "forte" e l'opzione contraria.

Bisognerebbe evitare soluzioni normative che rafforzino il ruolo del comitato per il controllo interno quale titolare della funzione di vigilanza;

¹²⁶ Si vedano i rinvii presenti alle note n. 25 e 121.

restando il Consiglio di Sorveglianza l'unico titolare di questa funzione, anche laddove gli sia attribuita una competenza deliberativa di alta amministrazione. Nel contempo dovrebbe essere introdotta per via legislativa la possibilità per il Consiglio di Sorveglianza di delegare l'esercizio di propri poteri decisionali od uno o più dei suoi componenti.

Sempre in una prospettiva di riforma, si potrebbe introdurre l'obbligo di prevedere in statuto sia gli atti che le operazioni strategiche da sottoporre ad autorizzazione del Consiglio di Sorveglianza (così come previsto in Germania), sia le competenze non delegabili del consiglio di gestione. Inoltre, si potrebbe equiparare l'indipendenza delle società quotate a quelle non quotate e, a prescindere dalla grandezza del Consiglio di Sorveglianza, imporre la nomina del comitato per il controllo interno, attribuendogli il potere-dovere di partecipare al consiglio di gestione¹²⁷.

Il sistema dualistico, e specialmente il Consiglio di Sorveglianza benché accusati di "senescenza precoce" non sono istituti da abbandonare, bensì da salvaguardare. L'aver distribuito la funzione gestoria su due organi diversi ha portato nella prassi a perenni conflitti. Ma non per questo il sistema dualistico è da considerarsi come un malato terminale. La fredda accoglienza ricevuta dalle società italiane, nonché il repentino abbandono dello stesso da parte di alcune di esse, trova parziale giustificazione nel presente periodo di crisi economica, che ne ha impedito un efficiente rodaggio. Di fatto l'interesse mostrato da più parti verso l'applicazione di tale sistema è stato comunque rilevante.

¹²⁷ Per un ampio catalogo di proposte di revisione della disciplina, non soltanto sulle competenze del Consiglio di sorveglianza ma dell'intero sistema si veda: V. CARIELLO, *Per un rilancio del sistema dualistico*, in *Rivista di diritto Societario*, 2011, pp. 714 ss.

Inoltre ancora oggi il Consiglio di Sorveglianza (ed il suo funzionamento) sconta l'assai ridotta conoscenza esistente al momento della sua introduzione. Buona parte della classe dirigente italiana ha dovuto fare i conti con un sistema fino a dieci anni fa completamente sconosciuto: un sistema, quindi, prima praticato e poi studiato.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina:

- PIETRO ABBADESSA, FRANCESCO CESARINI (a cura di), *Sistema dualistico e Governance Bancaria*, Torino, 2009

- PIETRO ABBADESSA, AURELIO MIRONE, *Le Competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. Delle Società*, 2010, II-III, pagg. 269 ss.

- PIETRO ABBADESSA, *Il sistema dualistico in Italia: l'evoluzione del modello*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 1 ss.

- NICCOLÒ ABRIANI, *La crisi dell'organizzazione societaria tra riforma delle società di capitali e riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2010, IV, pagg. 392 ss

- CARLO AMATUCCI, *L'efficienza dell' "insider control system" e l'informazione "privata" destinata al Consiglio di Sorveglianza. e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 395 ss.

- GIUSEPPE AULETTA, NICCOLÒ SALANITRO, *Diritto Commerciale*, XVII edizione, Milano, 2009, pagg. 185 ss.

- PAOLO BENAZZO, "Condizioni d'uso" del sistema dualistico, in *Giur. Comm.*, 2009, IV, pagg. 702 ss.

- ANGELO BERTOLOTTI, *Il sistema dualistico: una sintesi*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2009, XII, pagg. 72 ss.

- MARCELLO BIANCHI, MAGDA BIANCO, SILVIA GIACOMELLI, ALESSIO M. PACCES, SANDRO TRENTO, in *Proprietà e controllo delle imprese in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- GIULIA BONAZZA, PIETRO BONAZZA, *Incompatibilità del consigliere di Sorveglianza nell'art. 2409 duodecies c.c.*, in Riv. Delle società, 2009, VI, pagg. 685 ss.
- VINCENZO BUONOCORE, *Le nuove forme di amministrazione nelle società di capitali non quotate*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2003, IV, pagg. 389.
- GIOVANNI CALABRÒ, *Sistema dualistico e governance bancaria*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, P. ABBADESSA e F. CESARINI (a cura di) pagg. 201 ss.
- GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto delle Società*, in *Diritto Commerciale*, a cura di M. Campobasso, vol. II, Torino, 2011
- VINCENZO CARIELLO, *Consiglio di Sorveglianza della capogruppo e "unificazione e supervisione strategica" del gruppo*. in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 285 ss.
- VINCENZO CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, diretto da F. Martorano, G.B. Portale, N. Salanitro, Vol. XLVII, Heidelberg/Milano, 2009, pag. VIII-324.
- VINCENZO CARIELLO, *L'organizzazione interna del Consiglio di Sorveglianza*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 58 ss

- VINCENZO CARIELLO, *Organizzazione “strutturale” e organizzazione “procedimentale” del Consiglio di Sorveglianza*, in *Studi di Impresa – Consiglio nazionale del Notariato – studio n. 59*, 2007.
- VINCENZO CARIELLO, *Per un rilancio del sistema dualistico*, in *Rivista di diritto Societario*, 2011, pagg. 714 ss.
- VINCENZO CARIELLO, *Sulle c.d. responsabilità del Consiglio di Sorveglianza*, in *Rivista di diritto societario, I*, 2011, pagg. 55 ss.
- MARIO CERA, *Il sistema dualistico e l’ordinamento bancario*, in *Rivista delle società*, 2008, pagg. 915 ss.
- MARIO CERA, GAETANO PRESTI, *Commento breve al Documento di Banca d’Italia Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche. Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2007, pagg. 605 ss.
- MARIO CERA, GAETANO PRESTI, *Editoriale, Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2007, pagg. 225 ss.
- VITTORIO CONTI, *Il sistema dualistico ed il profilo dei controlli*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI (a cura di), Torino, 2009, pagg. 179 ss.
- RENZO COSTI, FRANCESCO VELLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria: alla ricerca di un difficile equilibrio. Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell’Economia*, vol. II, 2007, pagg. 481 ss.
- GASTONE COTTINO, *Diritto Societario*, in *Diritto commerciale*, vol. I, Padova, 2006, pagg. 439 ss.

- CORRADO FAISSOLA, *Problemi di attuazione delle normative sulla governance delle banche*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 137 ss.
- PAOLO FERRO-LUZZI, *L'esercizio d'impresa tra amministrazione e controllo. Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 231 ss.
- PAOLO FERRO-LUZZI, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell'esercizio dell'impresa bancaria nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 145 ss.
- HARALD FUCHS, ROLAND KÖSTLER, *Handbuch zur Aufsichtsratswahl*, Köln, 5. überarb. Aufl., 2012.
- FEDERICO GHEZZI, *Consiglieri di Sorveglianza "esecutivi" e componenti del Consiglio di gestione "non esecutivi": eterogenesi dei fini? Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 321 ss.
- ANDREA GUACCERO, *Commento agli artt. 2409-octies – 2409-noviesdecies (Sistema dualistico e sistema monistico)*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, Napoli, Jovene, 2004, p. 868 ss
- HERIBERT HIRTE, *I sistemi di amministrazione e controllo della società per azioni nel diritto societario riformato visti con gli occhi di un giurista tedesco*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian*

Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. IV, Torino, 2006, pagg. 501ss.

- HERIBERT HIRTE, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 7. Auflage, RWS Verlag, Köln, 2012.

- P. GIUSTO JAEGER, FRANCESCO DENOZZA, ALBERTO TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, VI edizione, 2006, pagg. 407 ss.

- RAFFAELE LENER, *Comitati interni e consiglieri "non sorveglianti"*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di MARIO CERA e GAETANO PRESTI in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 369 ss.

- SALVATORE LOPREIATO, *Le autorità di vigilanza di fronte alla <governance> dualistica delle banche*. in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 491-510

- SILVIA LOVISATTI, *Codice di autodisciplina e sistema dualistico*. *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 465 ss.

- MARCUS LUTTER, *Il sistema del Consiglio di Sorveglianza nel diritto societario tedesco*, in *Riv. Delle Società*, 1988 , LIII, pag. 95 ss.

- CARLO MARCHETTI, *Composizione e nomina degli organi sociali: ovvero, la missione dei consigli di gestione e di Sorveglianza*. *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 301 ss.

- CARLO MARCHETTI, *Il sistema dualistico: questioni e clausole statutarie*, in *Studi di Impresa – Consiglio nazionale del Notariato – studio n. 162*, 2007.
- PIERGAETANO MARCHETTI, *Controllo e gestione nel sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI (a cura di), Torino, 2009, pagg. 157 ss.
- GIOVANNI MOLLO, *Appunto preliminare sulla compatibilità del sistema dualistico con la società a responsabilità limitata*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pagg. 147 ss.
- GIOVANNI MOLLO, *La funzione di “alta amministrazione” del Consiglio di Sorveglianza tra codice civile e disposizioni della vigilanza bancaria*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, pagg. 157 ss.
- PAOLO MONTALENTI, *Il Sistema Dualistico: il Consiglio di Sorveglianza tra funzioni di controllo e funzioni di alta amministrazione*, in *Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell’Economia*, vol. II, 2007, pagg. 269 ss.
- PAOLO MONTALENTI, *La Società quotata*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, vol. IV, tomo II, Padova, 2004
- ANTONIO PAVONE LA ROSA, *Appunto preliminare sulla compatibilità del sistema dualistico con la società a responsabilità limitata*, 2009, I, pagg. 147 ss.
- SALVATORE PESCATORE, *Amministrazione e controllo*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, VIII edizione, Torino, 2007, pagg. 301 ss.

- GIUSEPPE B. PORTALE, *La società quotata nelle recenti riforme (note introduttive)*, in *Rivista diritto societario*, 2007, I, pagg. 2 ss.
- GIUSEPPE B. PORTALE, *Il sistema dualistico: dall'Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch (1861) alla riforma italiana delle società per azioni*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 15 ss.
- MARIO PORZIO, *Controlli interni e controlli esterni nell'esercizio dell'impresa bancaria a sistema dualistico*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 167 ss.
- MICHELE RONDINELLI, *Il sistema dualistico in Germania e in Italia: il Consiglio di Sorveglianza*, in *Contratto e impresa*, 2007, I, pagg. 148 ss.
- VALERIO SANGIOVANNI, *S.p.a. tedesca e revoca del consigliere di gestione*, in *Contratto e Impresa / Europa*, 2010, II, pagg. 855 ss.
- GIUSEPPE SANTONI, *I flussi informativi tra comitato di gestione e Consiglio di Sorveglianza*, in *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. ABBADESSA e F. CESARINI, Torino, 2009, pagg. 33 ss.
- GIUSEPPE SCASSELLATI-SFORZOLINI, MARCO SPADA, *La partecipazione dei consiglieri di Sorveglianza alle riunioni del Consiglio di gestione Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell'Economia*, vol. II, 2007, pagg. 355 ss.
- JOHANNES SEMLER, *Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrats*, in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2011, C. H. Beck, pagg. 971 ss;

- LAURA SCHIUMA, *Il sistema dualistico. I poteri del Consiglio di Sorveglianza e del Consiglio di gestione*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA e G.B. PORTALE, vol. II, Torino, 2006, pagg. 685 ss.

- LAURA SCHIUMA, *Le competenze dell'organo di controllo sull'assetto organizzativo delle s.p.a. nei diversi sistemi di Governance*, in *Riv. Di Dir. Civile*, 2011, I, pagg. 57 ss.

- UMBERTO TOMBARI, *Sistema dualistico e potere di alta amministrazione del Consiglio di Sorveglianza*, in *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di A. Sarcina - J.A. García Cruces, Bari, 2010, pagg. 40 ss.

- PAOLO VALENSISE, *L'organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/01: considerazioni su poteri, composizione e responsabilità*, in *Analisi Giuridica dell' Economia*, 2009, II, pagg. 355 ss.

- GUSTAVO VISENTINI, *Principi di diritto commerciale*, Padova, 2006, pagg. 320 ss.

- MARCO WEIGMANN, *Consiglio di Gestione e Consiglio di Sorveglianza: le prime applicazioni del Modello Dualistico. Banche e sistema dualistico. Forme, funzioni, finzioni*. A cura di Mario Cera e Gaetano Presti in *Analisi Giuridica dell' Economia*, vol. II, 2007, pagg. 251 ss.

- AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Audizione del Presidente dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*,

presso la commissione VI Finanze del Senato della Repubblica nell'ambito dell'indagine conoscitiva sull'evoluzione del sistema creditizio italiano, Roma, 10 Luglio 2007

- BANCA D'ITALIA, Crescita e stabilità nell'economia e nei mercati finanziari (Intervento del Governatore della Banca di Italia Mario Draghi al 13° congresso annuale Aiaf-Assiom-Atic forex, Torino, 3 febbraio 2007

- BANCA D'ITALIA, Considerazioni finali del Governatore (Assemblea ordinaria dei partecipanti, Roma, 31 maggio, 2007

- BANCA D'ITALIA, Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, 2008

- BANCA D'ITALIA, Comunicato stampa 4 Marzo 2008, - Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, 2008

- Circolare Assonime n. 31/2008, Il sistema dualistico di amministrazione e controllo, in Rivista delle Società, 2008, pagg. 809 ss.

- COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, Rafforzamento del governo societario nelle organizzazioni bancarie, Febbraio 2006

- COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Codice di Autodisciplina, Dicembre 2006

- COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Codice di Autodisciplina, Dicembre 2011

- COMITATO PER LA CORPORATE GOVERNANCE, Comunicato stampa, il nuovo decalogo sulla Corporate Governance delle società quotate, Codice di Autodisciplina, Dicembre 2011

- CONSOB, *Relazione per l'anno 2006 – Discorso del Presidente della Consob al mercato finanziario*, Roma, 31 Maggio 2007
- CONSOB, *Relazione per l'anno 2007*, Roma, 31 Marzo 2008
- RACCOMANDAZIONE COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del Consiglio di Sorveglianza delle società quotate e sui comitati del Consiglio d'amministrazione o di Sorveglianza*, 15 Febbraio 2005.
- *Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 6/2003*